رمز الحقائق

في شرح

كنز الدقائق

للإمام العلامة شيخ الإسلام

أبي محمد محمود بن أحمد بن موسى الحلبي المصري

بدر الدين العيني

(٧٦٢ - ٨٥٥ هـ) رحمه الله تعالى

يُنشر محققاً لأول مرة على عدة أصول خطية

وبحاشيته

نور الحدائق على رمز الحقائق

حققه وكتب حواشيه

سراج الدين عمر أحمد قباوة

المجلد الخامس

من كتاب الإقرار .. إلى كتاب الكراهية

دار المنهاج القويم

علم ينتفع به

بسم الله الرحمن الرحيم

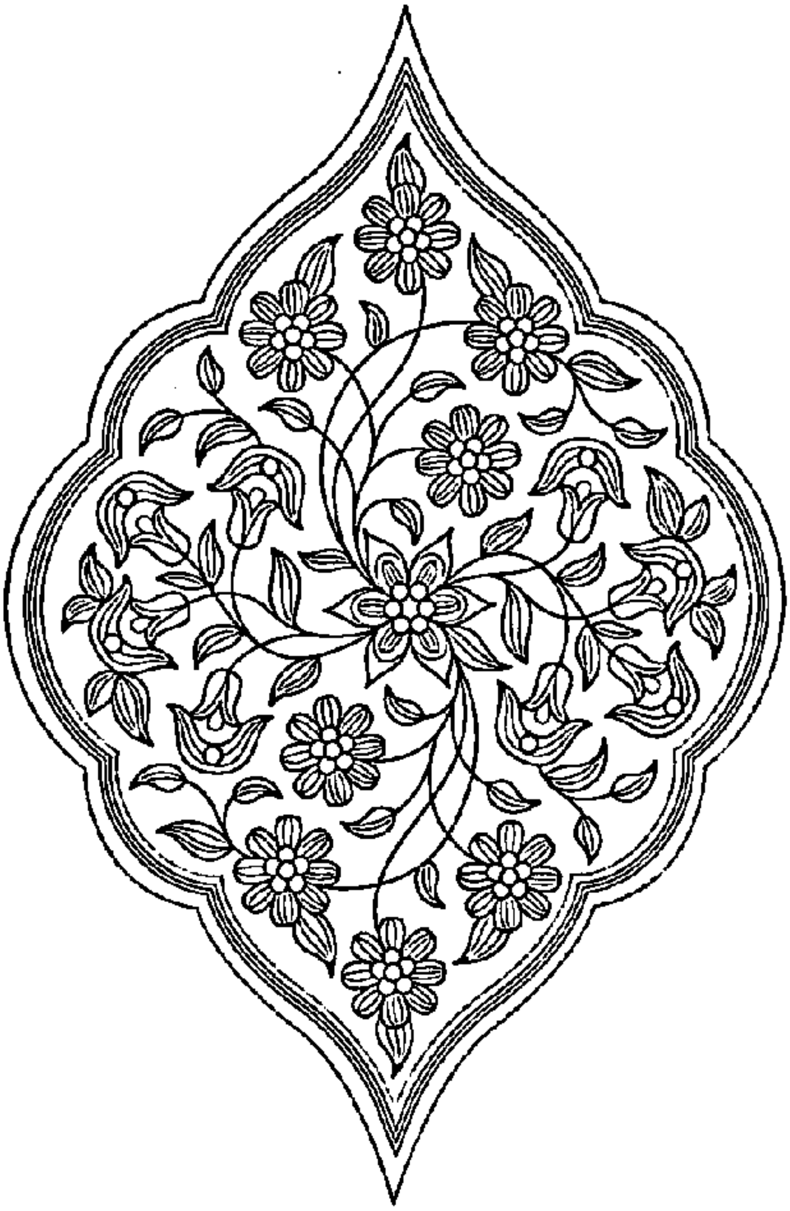
الطَّبعَةُ الأُولَى
١٤٤٥ هـ - ٢٠٢٤ م
جميع الحقوق محفوظة

دار المنهاج القويم للنشر والتوزيع

الجمهورية العربية السورية
دمشق - حلبوني - جادة ابن سينا - بناء الشلاح
هاتف : 2235402 - فاكس : 2242340 - ص.ب : 31446
جوال : 00963944272501 - العلاقات العامة : 00963947320948
Email : darminhagkawem@hotmail.com
Email : darminhagkawem@gmail.com

ISBN : 978-9933-609-97-9

كتاب الإقرار



كِتابُ الإقرارِ

هو: إخبارٌ عن ثُبوت حقٍّ للغَير على نفسِه.

هذا (كتابٌ) في بيانِ أحكامِ (الإقرارِ)

هو في اللُّغة: الإثباتُ، يُقالُ: قَرَّ الشَّيءُ: إذا ثَبَت، وأقَرَّه غيرُه: إذا أثبَته.

وفي الشَّرع: (هو) أي الإقرارُ (إخبارٌ عن ثُبوت حقٍّ للغَير) وهذا كالجِنس؛ لأنه يَتناوَلُ الشَّهادةَ، فإنها أيضًا إخبارٌ عن ثُبوت حقٍّ للغَير، وقولُه: (على نفسِه) كالفَصل يُخرِجُ ذلك، وهذا شأنُ الحدِّ أن يكونَ مُشتَمِلًا على الجِنس والفَصلِ[1].

---

(١) الحد: هو القول الدال على ماهية الشيء، وقيل: إنه قول دال على ما به الشيء هو ما هو، وقيل: هو قول يقوم مقام الاسم في الدلالة على الماهية.
الحد التام: تعريف الماهية بجميع أجزائها الداخلة.
الحد الناقص: تعريفها ببعض أجزائها اللازمة.
الرسم التام: أن يذكر الجزء الجنسي، ثم يذكر الخاصة الخارجة عن الماهية مقام الفصل المقدم لها.
الرسم الناقص: تعريفها بأمور خارجة عنها. «معجم مقاليد العلوم» ص٣٤.
والجنس: المقول على كثيرين مختلفين بالحقائق، في جواب: ما هو؟
والفصل: كلي يحمل على الشيء في جواب: أي شيء هو في جوهره؟ «معجم مقاليد العلوم» ص١١٩.

إذا أَقَرَّ حُرٌّ مُكلَّفٌ بحقٍّ: صحَّ، ولو مَجهولًا، كشيءٍ وحقٍّ، ....

(**إذا أَقَرَّ حُرٌّ**) قَيَّد به: ليَصِحَّ إقرارُه مُطلَقًا؛ لأن العبدَ الْمَحجورَ عليه يَتأَخَّرُ إقرارُه بالمال إلى ما بعد العَتْق، وكذا الْمَأذونُ له، وقَيَّد بقَوله: (**مُكلَّفٌ**) لأن إقرارَ الصَّبيِّ والْمَعتوهِ والْمَجنونِ لا يَصِحُّ إلا إذا كان الصَّبيُّ أو الْمَعتوهُ مَأذونًا له، فيَصِحُّ إقرارُه بالمال؛ لكَونه من ضَرورات التِّجارةِ، كالدُّيون، والوَدائعِ، والعَواريِّ، والْمُضارَباتِ، والغُصوبِ، بخِلافِ ما ليس من بابِ التِّجارةِ، كالْمَهر، والجِنايةِ، والكَفالةِ؛ حيث لا يَصِحُّ إقرارُه بها، والنَّائمُ والْمُغمى عليه كالْمَجنون..

وإقرارُ السَّكرانِ جائِزٌ مُطلَقًا إذا كان سُكرُه بطَريقٍ مَحظورٍ؛ لأنه لا يُنافي الخِطابَ، إلا إذا أَقَرَّ بما يَقبَلُ الرُّجوعَ، كالحُدود الخالِصةِ حقًّا لله تَعالى، وإن سَكِر بطَريقٍ مُباحٍ، كالشُّرب مُكرَهًا: لا يَلزمُه شيءٌ، وكذا بشُرْب الْمُتَّخَذِ من الحُبوب أو العَسَلِ عندهما، خِلافًا لمحمَّدٍ.

والباءُ في قَوله: (**بحقٍّ**) يَتعلَّقُ بـ (أقَرَّ)، وقولُه: (**صحَّ**) إقرارُه: جَوابُ (إذا).

(**ولو**) كان الْمُقَرُّ به (**مَجهولًا، كشيءٍ، وحقٍّ**) بأن قال: عليَّ لفُلانٍ شيءٌ أو حقٌّ؛ لأن الحقَّ قد يَلزَمُه مَجهولًا، بأن يُتلِفَ مالًا، أو يَجرَحَ جِراحةً، أو يَبقى عليه باقِيةُ حِسابٍ لا يَعرِفُ قِيمتَه، ولا أَرْشَها، ولا قَدْرَها..

ويُجبَرُ على بَيانه، ويُبيِّنُ ما له قِيمةٌ، ....

ولو كان الْمُقَرُّ له مجهولًا، بأن قال: (عليَّ ألفٌ لواحِدٍ من النّاس): لا يَصِحُّ؛ لأنه لا يُمكِنُ جَبْرُه على البَيان من غَير تَعيينِ الْمُدَّعى، وكذا إذا لم تَتفاحَش الجَهالةُ، بأن قال: عليَّ ألفٌ لأحَد هذين.

وذَكَر النّاطِفيُّ في «واقِعاته»: أن الجَهالةَ إذا تَفاحَشت لا يَجوزُ، وإن لم تَتفاحَش جاز؛ لأن صاحِبَ الحقِّ لا يَعدُو[1] مِن ذِكره، وفي مِثله يُؤمَرُ بالتَّذكُّر؛ لأنه قد يَنسى صاحِبَ الحَقِّ، ولا يُجبَر على البَيان[2].

وفي «النِّهايةِ»: إذا كان الْمُقَرُّ عليه مَجهولًا، بأن قال: لك على أحَدنا ألفُ دِرهَمٍ: لا يَصِحُّ؛ للجَهالة.

(ويُجبَرُ) الْمُقِرُّ (على بَيانه) أي بَيانِ الْمَجهولِ؛ لأنه لَزِمه الخُروجُ عما التَزَمه، وذلك بالبَيان، فيُجبِرُه الحاكِمُ عليه (ويُبيِّنُ) الْمُقِرُّ (ما له قِيمةٌ) لأنه أخبَر عن الواجِب في ذِمّته، وما لا قِيمةَ له لا يَجِبُ له، فإذا بَيَّنه يكونُ رُجوعًا، فلا يُقبَلُ، وذلك مِثلُ حَبّة حِنطةٍ أو قَطرةِ ماءٍ، وما أشبَه ذلك.

---

(١) في (ب): لا بد ومن، وفي (هـ): لا يعدد من. وانظر «التبيين» ٥/ ٤.

(٢) لأنه قد يؤدي إلى إبطال الحق عن المستَحِق، والقاضي نُصِب لإيصال الحق إلى مستحِقه، لا لإبطاله، فصار نظيرَ ما إذا أعتق أحدَ عبديه ثم نسيه، بخلاف جهالة المقَرِّ به؛ لأن الإجبار على البيان لا يؤدي إلى إبطال حقه، وبخلاف إعتاق أحد العبدين؛ لأن العتق لم ينزل في المحل، فلا يؤدي الإجبار إلى إبطال حقه؛ ولأن المقر لهما إذا اتفقا على الأخذ من المقر واصطلحا بينهما: أمكن دعواهما، فيصح إقراره، وقال في «الكافي»: وهو الأصح. «التبيين» ٥/ ٤.

والقولُ للمُقِرِّ مع يَمينِه إن ادَّعى الْمُقَرُّ له أكثرَ منه.

وفي مالٌ: لم يُصَدَّق في أقلَّ من دِرهَمٍ، ومالٌ عَظيمٌ: نِصابٌ، ....

ولو قال في قَوله: (عليَّ حقٌّ): أرَدتُ به حقَّ الإسلامِ: لا يُصَدَّقُ[1]؛ لأنه خِلافُ العُرفِ[2].

(**والقولُ للمُقِرِّ مع يَمينِه إن ادَّعى الْمُقَرُّ له أكثرَ منه**) لأنه الْمُنكِرُ (**وفي**) قَوله: لفُلانٍ عليَّ (**مالٌ: لم يُصَدَّق في أقلَّ من دِرهَمٍ**) لأن ما دونه من الكُسور لا يُطلَقُ عليه اسمُ المالِ عادةً، هذا الذي قاله صاحِبُ «الهِدايةِ»، وقال القُدُوريُّ: يُقبَلُ قولُه في القَليل والكَثيرِ؛ لأن المالَ عِبارةٌ عما يُتَموَّلُ به، وذلك مَوجودٌ في القَليل والكَثيرِ.

وفي «شَرح الكافي»: إذا بَيَّن ما دون الدِّرهَمِ نحوَ نِصفَ دِرهَمٍ أو دانِقٍ.. قالُوا: القِياسُ أن يُصدَّقَ، وفي الاستِحسان: أن لا يُصدَّقَ فيما دون الدِّرهَمِ.

وفي «الأجناس»: في «نَوادِر» هِشامٍ: قال محمدٌ: لو قال: لفُلانٍ عليَّ مالٌ: له أن يُقِرَّ بدِرهَمٍ، وقال في «الهارُونيّ»: لو قال: لفُلانٍ عليَّ مالٌ: هو على عشَرةِ دَراهِمَ جِيادٍ، ولا يُصدَّقُ في أقلَّ منه.

(**و**) في قَوله: له عليَّ (**مالٌ عَظيمٌ**) يَجِبُ (**نِصابٌ**) لأنه عَظيمٌ في

---

(١) وذكر في «المحيط» و«المستزاد»: أنه إن قال ذلك موصولًا صُدِّق، وإن قال مفصولًا: لا يصدق؛ لأنه بيانٌ تَغَيَّرَ باعتبار العرف؛ لأنه لا يُراد به في العرف حق الإسلام. اهـ «كفاية». شلبي ٥/ ٥.

(٢) أي إنما يراد به حقوق مالية. شلبي ٥/ ٥.

....

الشَّرع، حتى اعتُبِر صاحِبُه غَنيًّا، وعن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يُصدَّق في أقلَّ من عَشَرة دَراهِمَ؛ لأنه نِصابُ السَّرِقةِ والْمَهرِ؛ حيث تُقطَعُ به اليدُ الْمُحترَمةُ، ويُستَباحُ به البُضْعُ الْمُحترَمُ، وعند الشَّافعيِّ وأحمدَ: يُصدَّقُ في قَليلٍ وكَثيرٍ.

هذا في الدَّراهِم، وأما في الدَّنانير: لم يُصدَّق في أقلَّ من عِشرين دِينارًا.

ثم يُعتَبرُ أن يَبلُغَ نِصابًا يُؤخَذُ من جِنسه الزَّكاةُ من المال الذي بَيَّنه فيه، حتى إذا بَيَّنه في الإبِل لا يُصدَّقُ في أقلَّ من خمسٍ وعِشرين؛ لأن ما دون ذلك قَليلٌ؛ حيث لا تَجِبُ فيه الزَّكاةُ من جِنسه.

وفي «الشَّامِل»: لو قال: له دِرهَمٌ عَظيمٌ: يَلزَمُه دِرهَمٌ واحِدٌ، وفي «الْمُنتقى» في المال القَليلِ: إنه دِرهَمٌ، وفي «نَوادِر» هِشامٍ عن محمدٍ: لو قال: لفُلانٍ عليَّ مالٌ لا قَليلٌ ولا كَثيرٌ: يَلزَمُه مِائتا دِرهَمٍ.

وفي «كِفاية» البَيهَقيِّ عن أبي يوسُفَ: لو قال: لفُلانٍ عليَّ دَراهِمُ مُضاعَفةٌ: تَلزَمُه سِتَّةٌ، لأن أقلَّ الدَّراهِمِ ثَلاثةٌ، والتَّضعيفُ أقلُّه تَضعيفُ مرّةٍ، ولو قال: له عليَّ دَراهِمُ أضعافًا مُضاعَفةً، أو قال: مُضاعَفةٌ أضعافًا: عليه ثَمانيةَ عشَرَ، ولو قال: عشَرةٌ وأضعافُها مُضاعَفةً: يَلزَمُه ثَمانون دِرهَمًا؛ لأن أضعافَ العَشَرةِ ثَلاثون، فإذا ضُمَّت مع العَشَرةِ تَكونُ أربَعين، فأوجَبها مُضاعَفةً، فتَكونُ ثَمانين.

وأموالٌ عِظامٌ: ثَلاثةُ نُصُبٍ.

ودَراهِمُ كَثيرةٌ: عَشَرة، ....

(و) في قَوله: له عليَّ (أموالٌ عِظامٌ) تَجِبُ (ثَلاثةُ نُصُبٍ) من أيِّ مالٍ فَسَّره؛ لأن أقلَّ الجَمعِ ثَلاثةٌ، فلا يُصدَّقُ في أقلَّ منه، وإن بَيَّنه بغَير مالِ الزَّكاةِ يُعتبَرُ أن تَبلُغَ قِيمتُه قَدْرَ ثَلاثةِ نُصُبٍ.

(و) في قَوله: له عليَّ (دَراهِمُ كَثيرةٌ) تَجِبُ (عَشَرة) دَراهِمَ عند أبي حنيفة، وقالا: لا يُصدَّقُ في أقلَّ من مِائتَين؛ لأن صاحِبَ النِّصابِ مُكثِرٌ، وبه قال مالِكٌ في رِوايةٍ، وعند الشّافعيِّ وأحمدَ: يَلزَمُه ما بَيَّن[1].

وله: أن العَشَرةَ أقصى ما يُذكَرُ بلفظ الجمع، فكان[2] هو الأكثرَ من حيث اللَّفظُ، فيَنصرِفُ إليه[3].

وعلى هذا الخِلافِ: إذا قال: عليَّ دَنانيرُ كَثيرةٌ.. عندهما: يَنصرِفُ إلى النِّصاب، وعنده: إلى العَشَرة.

---

(١) في (أ): مائتان، وفي (هـ): مائتين.

(٢) كذا في (ز) و(ح) و«التبيين» ٥/ ٥، وفي (أ) و(ج): بلفظ الدراهم، وسقطت من النسخ الباقية.

(٣) قال الشيخ أبو نصر البغدادي: والفرق لأبي حنيفة بين قوله: دراهم كثيرة، وبين قوله: مال عظيم: أن الدراهم تفيد العدد؛ لأن الكثرة تكون بزيادة العدد، فاعتبر الكثرة التي ترجع إلى العدد، وقوله: عظيم: لا يتضمن عددًا، فوجب أن يحمل على المستعظم، لا من حيث العدد، العظيم في الشرع ما يصير به غنيًا، فتجب الزكاة بنفسه، فاعتبر ذلك. اهـ «غاية» شلبي ٥/ ٥.

ودَراهِمُ: ثَلاثة، ولو قال: كذا دِرهَمًا: دِرهَمٌ، ....

وعلى هذا: إذا قال: عليَّ ثِيابٌ كَثيرةٌ، أو وَصائِفُ[١] كَثيرةٌ.. فعنده: عشَرةٌ، وعندهما: يَلزَمُه ما يُساوِي مِائتَي دِرهَم.

وإن قال: غَصَبتُ إبِلًا كَثيرةً، أو بَقَرًا كَثيرةً، أو غنَمًا كَثيرةً، أو حِنطةً كثيرةً: يَنصرِفُ إلى أقلِّ نِصابٍ يُؤخَذُ منه ما هو من جِنسه عندهما، وهو خَمسةٌ وعِشرون من الإبِل، وثَلاثونَ من البَقَر، وأربَعون من الغَنَم، وخَمسةُ أوسُقٍ من الحِنطة، وعنده: يُرجَع إلى بَيان الْمُقِرّ.

ولو قال: له عليَّ مالٌ نَفيسٌ، أو كَريمٌ، أو خَطيرٌ[٢]، أو جَليلٌ.. قال النَّاطِفيُّ: لم أَجِده مَنصوصًا[٣]، وكان الجُرْجانيُّ يَقولُ: يَلزَمُه مِائتان.

(و) في قَوله: له عليَّ (دَراهِمُ) يَجِبُ (ثَلاثة) دَراهِمَ؛ لأنه أقلُّ الجَمعِ (ولو قال) له عليَّ (كذا دِرهَمًا) يَجِبُ (دِرهَمٌ) لأنه تَفسيرٌ للمُبهَم، وفي «الذَّخيرة»: يَلزَمُه دِرهَمان؛ لأن (كذا) كِنايةٌ عن العَدَد، وأقلُّه اثنان.

وفي «الاختِيار»: يَلزَمُه عِشرونَ، وهو القِياسُ؛ لأن (كذا) تُذكَرُ للعَدَد عُرفًا، وأقلُّ عدَدٍ غيرِ مُركَّبٍ يُذكَرُ بعده الدِّرهَمُ بالنَّصْب: عِشرون،

---

(١) الوصيف: العبد، وجمعه الوصفاء، والوصيفة: الجارية، وجمعها الوصائف. «طلبة الطلبة» ص٤٥.

(٢) خَطُر الرجلُ يخطُرُ خَطَرًا وِزان شَرُف شَرَفًا: إذا ارتفع قدره ومنزلته، فهو خطير، ويقال أيضًا في الحقير، حكاه أبو زيد. «المصباح» ١/ ١٧٣.

(٣) هذا قول الزيلعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «التبيين» ٥/ ٥.

وكذا كذا: أحدَ عشَرَ، ولو كذا وكذا: أحدٌ وعِشرون، ولو ثَلَّث بالواو: تُزادُ مِائةٌ، ولو رَبَّع: زِيدَ أَلفٌ.

ولو ذَكَره بالخَفض.. رُوِي عن محمدٍ: أنه يَلزَمُه مِائةٌ، وعند الشَّافعيِّ وأحمدَ: يَلزَمُه دِرهَمٌ في الرَّفع والنَّصبِ، وفي الخَفض: جُزؤُه.

(**و**) لو قال: له عليَّ (**كذا كذا**) دِرهَمًا: يجبُ (**أحدَ عشَرَ**) دِرهَمًا؛ لأنه ذَكَر عدَدَين مُبهَمَين بغيرِ حَرفِ العَطفِ، وأقلُّ ذلك من العَدَد الْمُفسَّرِ: أحَدَ عَشَر، وأكثَرُه: تِسعةَ عَشَر، فالأقلُّ يَلزَمُه من غَير بَيانٍ، والزِّيادةُ تَقِفُ على بَيانه، وعند الشّافعيِّ: يَلزَمُه دِرهَمٌ.

(**ولو**) قال: له عليَّ (**كذا وكذا**) بحَرف العَطفِ: يَجِبُ (**أحدٌ وعِشرون**) دِرهَمًا؛ لأنه فَصَل بينهما بحَرف العَطفِ، وأقلُّ ذلك من العَدَد الْمُفسَّر: أحدٌ وعشرون، وأكثرُه: تِسعةٌ وتِسعون، فالأقلُّ يَلزَمُه من غَير بَيانٍ، والزِّيادةُ تَقِفُ على بَيانه، وعند الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَلزَمُه دِرهَمان.

(**ولو ثَلَّث**) بتَشديد اللّامِ (**بالواو**) بأن قال: كذا وكذا وكذا دِرهَمًا (**تُزادُ مِائةٌ**) على أحدٍ وعِشرين، فيَجِبُ مِائةٌ وأحدٌ وعِشرون، ولو ثَلَّث بلا واوٍ: يَجِبُ أحدَ عَشَر؛ لأنه لا نَظيرَ له، فلا يُزادُ على الأوَّل.

(**ولو رَبَّع**) بتَشديد الباءِ، بأن قال: كذا وكذا وكذا وكذا دِرهَمًا (**زِيدَ**) على الْمِائةِ وأحدٍ وعِشرين (**أَلفُ**) دِرهَمٍ، فيَجِبُ ألفٌ ومِائةٌ وأحدٌ وعِشرون.

ولو خَمَّس، بأن قال: (كذا وكذا وكذا وكذا وكذا): يَنبَغي أن يُزادَ

عليَّ، أو قِبَلِي: إقرارٌ بِدَين.

عشَرةُ آلافٍ[1]، ولو سدَّسَ، بأن قال: (كذا وكذا وكذا وكذا وكذا وكذا): يُزادُ مِائةُ ألفٍ، ولو سَبَّع، بأن قال: (كذا وكذا وكذا وكذا وكذا وكذا وكذا): تُزادُ ألفُ ألفٍ، وعلى هذا: كلما زاد عدَدًا مَعطوفًا بالواو زِيدَ عليه ما جرَت به العادةُ إلى ما لا يَتَناهى.

ولو قال: (كذا كذا[2]؛ دِرهَمًا ودِينارًا): فعليه أحدَ عشَرَ منهما بالسَّوِيّة، بخِلاف ما إذا قال: (كذا كذا دِرهَمًا، وكذا كذا دِينارًا)؛ حيث يَلزَمُه من كلٍّ واحِدٍ منهما أحدَ عَشَر.

ولو قال: له (عليَّ، أو) قال: له (قِبَلِي) فهو (إقرارٌ بِدَينٍ[3]) لأن (على) للوجُوب، و(قِبَلي) يُنبِئُ عن الضَّمان، يُقالُ: قَبِل فُلانٌ عن فُلانٍ: أي ضَمِن، وسُمِّي الكَفيلُ قَبِيلًا: لأنه ضامِنٌ، ولو قال: أردتُ به وَديعةً، ووَصَل: صُدِّق فيهما[4].

---

(١) ذكر هذا الكلام صاحب «الدر المختار» دون لفظ الانبغاء، وقال في «رد المحتار» ٥/ ٥٩٢: هذا حكاه العيني بلفظ: ينبغي، لكنه غلط ظاهر، لأن العشرة آلاف تتركب مع الألف بلا واو، فيقال: أحد عشر ألفًا، فتهدر الواو التي تعتبر معه ما أمكن، وهنا ممكن، فيقال: أحد وعشرون ألفًا ومائة وأحد وعشرون درهمًا، نعم! قوله: ولو سدس ... إلخ مستقيم. سائحاني، أي بأن يقال: ظ مائة ألف وأحد وعشرون ألفًا وأحد وعشرون درهمًا، وكذا لو سبع: زيد قبله ألف، وما ذكره أحسن من قول بعضهم. انتهى.

(٢) في (ج): كذا وكذا. (٣) قوله: بدين مثبت من (ز) و(ح) فقط.

(٤) لأنهما ينبئان عن الوجوب، والحفظ واجب على المودَع، والمال محله، فجاز ذكر المحل وإرادة الحالّ مجازًا، ولكنه خلافُ الظاهر، فلا ينصرف إليه عند الإطلاق، =

وعِندي، معي، في بَيتي، في صُندوقي، في كِيسي: بالأمانة.

قال: لي عليك ألف، فقال: اتَّزِنْه، أو انتَقِدْه، أو أجِّلني به، أو قَضيتُكه، أو ....

وفي بَعض نُسَخ «مُختصَرِ» القُدُوريِّ»: في قَوله: (قِبَلي) إقرارٌ بالأمانةِ، والأوَّلُ هو الأصحُّ[١].

(و) لو قال: (عِندي) أو قال: (معي) أو قال: (في بَيتي) أو قال: (في صُندوقي) أو قال: (في كِيسي) فهو إقرارٌ (بالأمانة) لأن هذه الْمَواضِعَ محَلٌّ للعَين لا للدَّين؛ إذ الدَّينُ محَلُّه الذِّمّةُ، والعَينُ يَحتمِلُ أن تكونَ مَضمونةً وأمانةً، والأمانةُ أَدناهما، فتُحمَلُ عليها؛ للتَّيقُّن به.

وفي «شَرح الكافِي»: لو قال: له في مالِي مِائةُ دِرهَم، أو قال: في دَراهِمي هذه مِائةُ دِرهَم: فهذا إقرارٌ بالشِّرْكة، ولو قال: له من مالِي ألفُ دِرهَم، أو قال: له من دَراهِمي هذه: فهذه هِبةٌ، ولا يَجوزُ إلا أن يَدفَعَها إليه، ولو قال: له في مالِي ألفُ دِرهَم لا حقَّ لي فيه: فهذا إقرارٌ بالدَّين.

ولو (قال) رجلٌ لآخَرَ (لي عليك أَلف) دِرهَم مثلًا (فقال) الْمُخاطَبُ (اتَّزِنْه) أي الألفَ (أو: انتَقِدْه، أو: أجِّلني به، أو: قَضيتُكه، أو:

= ويجوز تفسيره به متصلًا؛ لأنه يحتمله مجازًا، ولا يجوز منفصلًا؛ لأنه تقرر حكمه بالسكوت، فلا يجوز تغييره بعد ذلك كسائر المغيِّرات من الاستثناء والشرط. «التبيين» ٥/ ٧.

(١) لأن استعماله في الديون أغلب. «التبيين» ٥/ ٧.

أحَلتُك به: فهو إقرارٌ، وبلا كِنايةٍ: لا.

أحَلتُك به: فهو إقرارٌ) لأن الهاءَ كِنايةٌ عن الْمَذكور في الدَّعوى في جَميع ذلك، فصار كأنه أعاد الْمُدَّعى، فيكونُ إقرارًا.

(و) لو قال (بلا كِنايةٍ) أي بغَير هاءِ الضَّميرِ، بأن قال: اتَّزِن، أو: انتَقِد، أو: أجِّلني، أو: قَضيتُك، أو: أحَلتُك[1] (لا) يكونُ إقرارًا.

وعند الشّافعيِّ وأحمدَ: لا يَكونُ إقرارًا في قَوله: اتَّزِنْه، أو: انتَقِدْه، مُطلَقًا، يَعني: بالكِناية وغيرِها، وفي قَوله: قَضيتُكَه: إقرارٌ مُطلَقًا عند الثَّلاثةِ.

وفي «شَرح الكافِي»: إذا قال الرَّجُلُ للرَّجُل: اقضِني الألفَ التي عليك، فقال: نَعَم، أو قال: سأُعطِيكها، أو غدًا أُعطِيكها، أو سوف أُعطِيكها، أو اقعُد فاتَّزِنْها، أو اقعُد فانتَقِدْها، أو اقعُد فاقبِضْها، أو قال: لم تَحِلَّ بعدُ، أو قال: اتَّزِنْها، أو اعدُدْها، أو خُذها، أو أرسِل غدًا مَن يَتَّزِنُها، أو من يَقبِضُها، أو قال: ليست عندي اليومَ، أو ليست بمُهيَّأةٍ اليومَ: يَكونُ ذلك إقرارًا.

وكذا لو قال: أجِّلني فيها، أو بشيءٍ منها، أو: نَفسي فيها، أو قال: ما أكثرَ ما تَتَقاضانِيها، أو قال: غَمَمتَني بها، أو ألزِمتَني بها، أو: آذَيتَني[2] فيها، أو قال: والله لا أقضِيكَها، أو لا أُؤَدِّيها إليك اليومَ، أو لا تأخُذها منّي اليومَ، وكذا لو قال: حتى يَدخُلَ عليَّ مالِي، أو حتى يَقدَمَ عليَّ غُلامي.. فهذا كلُّه إقرارٌ.

---

(١) في (ج) و(هـ): أجلتك.

(٢) في (ج) و(هـ): أديتني.

وإن أقَرَّ بدَينٍ مُؤجَّلٍ، وادَّعى الْمُقَرُّ له أنَّه حالٌّ: لَزِمه حالًّا، وحَلَفَ الْمُقَرُّ له على الأجَل.

وعليَّ مِائةٌ ودِرهَمٌ: فهي دَراهِمُ، ومِائةٌ وثَوبٌ: يُفسِّرُ الْمِائةَ، وكذا مِائةٌ وثَوبان، بخِلاف مِائةٌ وثَلاثةُ أثوابٍ.

(**وإن أقَرَّ**) رجلٌ (**بدَينٍ مُؤجَّلٍ، وادَّعى الْمُقَرُّ له أنَّه**) أي أن الدَّينَ (**حالٌّ: لَزِمه**) أي الْمُقِرَّ حالَ كونِ الدَّينِ (**حالًّا**) لأنه أقَرَّ بحقٍّ على نَفسه، وادَّعى حقًّا على الْمُقَرِّ له، فإقرارُه في حقِّه حُجّةٌ، ولا تُقبَلُ دَعواه بغَير حُجّةٍ، وعند الشّافعيِّ وأحمدَ: لَزِمه مُؤجَّلًا مع يَمينِه (**وحَلَفَ الْمُقَرُّ له على الأجَل**) لأنه الْمُنكِرُ للأجَل.

(**و**) لو قال: له (**عليَّ مِائةٌ ودِرهَمٌ: فهي**) أي الْمِائةُ (**دَراهِمُ**) استِحسانًا؛ لوُقوع (ودِرهَمٌ) تَفسيرًا للمِائة الْمُبهَمةِ، والقِياسُ أن يُرجَعَ في تَفسير الْمِائةِ إليه، وهو قولُ الشّافعيِّ.

(**و**) لو قال: له عليَّ (**مِائةٌ وثَوبٌ**) يَلزَمُه الثَّوبُ، ولكن (**يُفسِّرُ الْمِائةَ**) لأنها مُبهَمةٌ، والثَّوبُ عطفٌ عليها لا تَفسيرٌ لها (**وكذا**) الحُكمُ في قَوله: له عليَّ (**مِائةٌ وثَوبان**) يَلزَمُه الثَّوبان، ويُفسِّرُ الْمِائةَ؛ لما قُلنا.

(**بخِلاف**) ما إذا قال: له عليَّ (**مِائةٌ وثَلاثةُ أثوابٍ**) حيث تكونُ الأثوابُ تَفسيرًا للمِائة؛ لأنه ذَكَر عدَدَين مُبهَمَين، وأردَفهما بالتَّفسير، وصُرِفت إليهما؛ لعَدَم العاطِفِ، وعند الشّافعيِّ ومالِكٍ: تفسيرُ الْمِائةِ إليه في الكلّ، وعند أحمدَ: الْمُبهَمُ من جِنس الْمُفسَّرِ في الفَصلَين.

أقرَّ بتَمرٍ في قَوصَرّةٍ: لَزِماه، وبدابّةٍ في إصطَبلٍ: لَزِمته الدّابّةُ فقط، وبخاتَمٍ: له الحَلْقةُ والفَصُّ، وبسَيفٍ: له النَّصلُ والجَفنُ والحَمائِلُ،

(أقَرَّ بتَمرٍ في قَوصَرّةٍ) وهي: وِعاءٌ يُعمَلُ من الخُوصِ وغيرِه، ويُقالُ: وِعاءٌ للتَّمر مَنسوجٌ من قَصَبٍ، قال صاحِبُ «الجَمهَرة»: أما القَوصَرّةُ فأَحسَبُها دَخيلًا، وقد رُوِي:

أفلَح من كانَت له قَوصَرّةْ يَأكُلُ منها كلَّ يومٍ مَرّةْ

ثم قال: ولا أدري ما صِحّةُ هذا البَيتِ..

(لَزِماه) أي التَّمرُ والقَوصَرّةُ؛ لأن الإقرارَ بالْمَظروف لا يَتحقَّقُ بدون ظَرفِه، حتى لو قال: (من قَوصَرّةٍ): لا تَلزَمُه القَوصَرّةُ؛ لأن كَلِمةَ (من) للانتِزاع، فيَكونُ مُقِرًّا بالْمَنزوع.

وعلى هذا: الطَّعامُ في الجُوالِق، أو في السَّفينة، وكذا لو أقَرَّ بغَصْب ثَوبٍ في مِنديلٍ، وعند الثَّلاثةِ: لَزِمه التَّمرُ فقط، والثَّوبُ فقط.

(و) لو أقَرَّ (بدابّةٍ في إصطَبلٍ: لَزِمته الدّابّةُ فقط) يَعني: لا يَلزَمُه الإصطَبلُ؛ لأن غصبَ العَقارِ لا يَتحقَّقُ عندهما، وعلى قِياس قولِ محمدٍ: يَضمَنُهما، وعلى هذا: الطَّعامُ في البَيت.

(و) لو أقَرَّ (بخاتَمٍ: له الحَلْقةُ والفَصُّ) جَميعًا؛ لإطلاق الاسمِ على جَميع الأجزاءِ، ولهذا يَدخُل الفَصُّ في بَيع الخاتَمِ من غَير تَسمِيةٍ.

(و) لو أقَرَّ (بسَيفٍ له) أي للمُقَرِّ له (النَّصلُ) وهو حَديدتُه (والجَفنُ) بفَتح الجيمِ، هو غِمدُه، أي غِلافُه (والحَمائِلُ) جمعُ حِمالةٍ بكَسر

وبحَجَلةٍ: له العِيدانُ والكِسوةُ، وبثَوبٍ في مِنديلٍ، أو في ثَوبٍ: لَزِماه، وبثَوبٍ في عَشَرةٍ: له ثَوبٌ.

وبخَمسةٍ في خَمسةٍ، وعَنى الضَّربَ: خَمسةٌ، ....

الحاءِ، وهي عِلاقةُ السَّيفِ، مِثلُ الْمِحمَلِ، وقال الأصمَعيُّ: حَمائِلُ السَّيفِ لا واحِدَ لها من لَفظِها، وإنما واحِدُها مِحمَلٌ، وذلك لأن اسمَ السَّيفِ يَنطلِقُ على الكلِّ.

(و) لو أقَرَّ (بحَجَلةٍ) بتَقديم الحاءِ على الجيم، وهو: بَيتٌ يُزيَّنُ بالثِّياب والأسِرّةِ والسُّتُورِ، ويُجمَعُ على حِجالٍ: (له) أي للمُقَرِّ له (العِيدانُ) وهو جمعُ عُودٍ (والكِسوةُ) لأن الاسمَ يُطلَقُ على هذه الجُملةِ.

(و) لو أقَرَّ (بثَوبٍ في مِنديلٍ، أو) بثَوبٍ (في ثَوبٍ: لَزِماه) أي الثَّوبُ والْمِنديلُ في الصُّورة الأولى، والثَّوبان في الصُّورة الثّانيةِ؛ لأنه ظَرفٌ له، فيَدخُلُ فيه، بخِلاف ما إذا قال: غَصَبتُ إكافًا على حِمارٍ؛ حيث يَلزَمُه الإكافُ خاصّةً دون الحِمارِ.

(و) لو أقَرَّ (بثَوبٍ في عَشَرة) أثوابٍ: (له) أي للمُقَرِّ له (ثَوبٌ) خاصّةً عند أبي يوسف، وعند محمدٍ: عليه أحدَ عشَرَ ثوبًا؛ لأن النَّفيسَ من الثِّياب قد يُلَفُّ في عشَرةٍ، فأمكَن جعلُه ظرفًا، كقَوله: حِنطةٌ في جُوالِقٍ، ولأبي يوسف -وهو قولُ أبي حنيفة أوَّلًا-: أن العشَرةَ لا تكونُ ظرفًا لثَوبٍ واحِدٍ عادةً، والْمُمتنِعُ عادةً كالْمُمتَنع حَقيقةً.

(و) لو أقَرَّ (بخَمسةٍ في خَمسةٍ، و) الحالُ أنه (عَنى الضَّربَ) أي الحِسابَ: لَزِمه (خَمسةٌ) عندنا، وقال زفرُ: عليه عشَرةٌ، وقال الحسَنُ

وعشَرةٌ إن عَنى (مَعَ).

وله عليَّ من دِرهَمٍ إلى عشَرةٍ، أو عليَّ ما بين دِرهَمٍ إلى عشَرةٍ: له تِسعةٌ.

ابنُ زِيادٍ: عليه خَمسةٌ وعِشرون بعُرف الحُسّابِ، هكذا قال الشّارحُ، وفي «التَّقريب»: مَذهَبُ زفرَ مِثلُ قولِ الحسَنِ، وكذا قال في «الْمَجمَع»: وإن أرادَ الحِسابَ: ألزَمناه بخَمسةٍ لا خَمسةٍ وعِشرين.

فهذا كما عَرَفْتَ يَدُلُّ على أن اللّازِمَ عند زفرَ خَمسةٌ وعِشرون كما هو مَذهَبُ الحسَنِ، وهو قولُ أحمدَ ورِوايةٌ عن مالِكٍ أيضًا.

ولنا: أن الضَّربَ لا يُكثِّرُ المالَ الْمَضروبَ، وإنما يُكثِّرُ الأجزاءَ، وتَكثيرُ الأجزاءِ لا يُوجِبُ التَّعدُّدَ.

(و) يَلزَمُه (عشَرةٌ إن عَنى) أي إن قَصَد الْمُقِرُّ مَعنى (مَعَ) لأن اللَّفظَ يَحتمِلُ الْمَعِيَّةَ، فقد نَوى مُحتَمَلَ كَلامِه، فيصَدَّقُ.

(و) لو قال: (له) أي لفُلانٍ (عليَّ من دِرهَمٍ إلى عشَرةٍ، أو) قال: له (عليَّ ما بين دِرهَمٍ إلى عشَرةٍ: له) أي للمُقَرِّ له (تِسعةٌ) عند أبي حنيفةَ، وقالا: عشَرةٌ، وهو قولُ الثَّلاثةِ، وفي قولٍ عنهم: تِسعةٌ، وعند زفرَ: ثَمانيةٌ.

الأصلُ في ذلك: أن عنده: يَدخُلُ الابتِداءُ، ولا يَدخُلُ الانتِهاءُ، وعندهما: يَدخُلان جَميعًا، وعند زفرَ: لا يَدخُلان جَميعًا، وهو القِياسُ، كما لو قال: لفُلانٍ من هذا الحائطِ إلى هذا الحائطِ، أو ما بين

وله من داري ما بين هذا الحائطِ إلى هذا الحائطِ: له ما بينهما فقط . وصحَّ الإقرارُ بالحَمْل، وللحَمْل إن بَيَّن سببًا صالِحًا، ....

هذين الحائِطَين، فإن الحائِطَين لا يَدخُلان في الإقرار بالإجماع، وهو مَعنى قولِه:

(و) لو قال (له) أي لفُلانٍ (من دارِي ما بين هذا الحائطِ إلى هذا الحائطِ: له) أي للمُقَرِّ له (ما بينهما) أي ما بين الحائِطَين (فقط) يَعني: دون الحائِطَين؛ لأن الغايةَ لا تَدخُلُ تحتَ الْمُغَيّا في الْمَحسوس، ولا الْمُبتدأ، بخِلاف ما تَقدَّم.

(وصحَّ الإقرارُ بالحَمْل) بأن قال: حَمْلُ جارِيتي هذه لفُلانٍ، أو حَملُ شاتِي هذه، فإنه يَصِحُّ؛ لأن في تَصحيحِه وجهًا، وهو الوصيّةُ من جِهة غيرِه، فيُحمَلُ عليه، ثم إن كان الْمُقَرُّ به حَملُ جارِيةٍ، فإنما يَستحِقُّه الْمُقَرُّ له إذا عُلِم وُجودُه عند الإقرارِ، أو احتَمَل[1] ذلك أن تَضَعَه لأقلَّ من سِتّةِ أشهُرٍ.

(و) صحَّ أيضًا (للحَمْل) أي لحَمْل امرَأةٍ مثلًا، ولكن إنما تَصِحُّ (إن بَيَّن سببًا صالِحًا) بأن يقولَ: مات أبوه، فورِثه، أو أوصى له به فُلانٌ، وهذا عند أبي يوسف، وعند محمدٍ: يَجوزُ وإن لم يُبَيِّن السَّبَبَ؛ لأنه يُمكِنُ أن يُحمَلَ على الأسباب الصّالِحةِ لثُبوت الْمِلكِ؛ تَصحيحًا لإقراره، وبه قالَت الثّلاثةُ.

---

(١) في (أ) و(ج) و(هـ): واحتمل، وفي (د): إذا حمل ذلك. وانظر «التبيين» ٥/ ١٢.

إلا لا.

ولأبي يوسف: أن مُطلَقَ الإقرارِ يَنصرِفُ إلى الواجِب بالْمُعامَلات دون غيرِه، وذلك لا يُتصوَّرُ في الجَنين إلا إذا بَيَّن سببًا صالِحًا..

ثم إذا صحَّ الإقرارُ للحَمْل إنما يَصِحُّ إذا جاءَت به في مُدّةٍ يُعلَمُ أنه كان مَوجودًا وقتَ الإقرارِ، أو[1] يُحتمِلُ، وذلك بأن تَضَعَه لأقلَّ من سِتّة أشهُرٍ إذا كانَت ذات زَوجٍ، أو لأقلَّ من سَنتَين من وَقت الفِراقِ إذا كانَت مُعتدّةً.

ثم إن وَلَدته حيًّا كان له ما أُقِرَّ به، وإن وَلَدته ميْتًا يُرَدُّ إلى وَرَثة الْمُوصِي أو وَرَثةِ أبِيه.

وإن ولَدَت ولَدَين.. فإن كانا ذَكَرين أو أُنثيَين: فهو بينهما نِصفان، وإن كان أحَدُهما ذَكَرًا والآخَرُ أُنثى: فكذلك في الوَصِيّة، وفي الإِرث: للذَّكَر مِثلُ حَظِّ الأُنثيَين.

(وإلا) أي وإن لم يُبيِّن سببًا صالِحًا، وهذا يَعمُّ الوَجهَين، الأوَّلُ: أن يُبيِّنَ سببًا غيرَ صالِحٍ، مِثلُ ما إذا قال: باعَني، أو: أقرَضني، أو: آجَرني (لا) يَصِحُّ إقرارُه، بل يَلغو[2]، الوجهُ الثّاني: أن يُبهِمَ الإقرارَ، فهو على الخِلافِ الْمَذكورِ.

---

(١) في (أ): أي. وانظر «التبيين» ٥/ ١٢.

(٢) لأن الإقرار لم يضف إلى محله، فإن الجنين ليس من أهل أن يستحق دَينًا بالتجارة على أحد؛ لأن الجنين لا يَتَّجر ولا يُتَّجر له، وإذا لم يكن الجنين أهلًا لاستحقاق الدين بالسبب الذي أقر به: كان ما أقر به للجنين بسبب التجارة كذبًا بيقين، =

وإن أقَرَّ بشَرط الخِيارِ: لَزِمه المالُ، وبَطَل الشَّرطُ.

(وإن أقَرَّ بشَرط الخِيارِ) بأن قال: له عليَّ ألفُ دِرهَم قرضٌ، أو غَصبٌ، أو وَديعةٌ، أو عارِيَةٌ، قائِمةٌ أو مُستهلَكةٌ، على أنِّي بالخِيار ثَلاثةَ أيّام (لَزِمه المالُ) لأن الإقرارَ حُجّةٌ مُلزِمةٌ على ما بَيَّنّا (وبَطَل الشَّرطُ) لأن الإقرارَ إخبارٌ، وليس بإنشاءٍ، والإخبارُ لا يَقبَلُ الخِيارَ[1]، ولأنه في مَعنى التَّعليقِ بالشَّرط، والخبَرُ لا يَحتمِلُ ذلك[2].

وأما إذا قال: له عليَّ ألفُ دِرهَم من ثَمَن مَبيعٍ اشتَريتُه على أنِّي بالخِيار: صحّ، ويَثبُتُ الخِيارُ إذا صَدَّقه الْمُقَرُّ له، أو أقام على ذلك بَيِّنةً، وإن كَذَّبه لم يَثبُت، وكان القولُ قولَ الْمُقَرِّ له؛ لأنه من العَوارِض، كالأجَل، والقولُ فيها قولُ الْمُنكِرِ، واللهُ أعلَمُ.

= والكذب بيقين لا يتعلق به حكم، فيكون وجوده بمنزلة عدمه، فكان كمن أقر أنه قطع يد فلان عمدًا أو خطأً، ويد فلان صحيحة، لا يلزمه بهذا الإقرار شيء؛ لأنه كذب بيقين، فكذلك هذا. شلبي ٥/ ١٢.

(١) في (ب): والإنشاء لا يقبل الإخبار. وانظر «التبيين» ٥/ ١٣.

(٢) ولأن الخِيار ليتغير به صفة العقد، ويتخيرَ من له الخيار بين فسخه وإمضائه، والخبر لا يتصور فيه ذلك؛ لأنه إن كان صادقًا فهو صدق، اختار أو لم يختر، وإن كان كاذبًا لم يتغير باختياره ولا بعدم اختياره، فتعين الإلغاء. «التبيين» ٥/ ١٣.

﴿ باب الاستِثناءِ وما في مَعناه ﴾

هذا (باب) في بَيان أحكامِ (الاستِثناءِ وما في مَعناه)

الاستِثناءُ: طَلَبُ الثُّنيا، من الثَّني: وهو الصَّرفُ[1].

وفي اصطِلاح الفُقَهاءِ: هو تكلُّمٌ بالباقِي بعد الثُّنيا عندنا.

وعند الشّافعيِّ: إخراجٌ بعدَ الدُّخولِ بطَريق الْمُعارَضةِ[2]، وهذا مُشكِلٌ؛ فإن الاستِثناءَ جائِزٌ في الطَّلاق والعَتاقِ، ولو كان إخراجًا لَما صحّ؛ لأنهما لا يَحتمِلان الرُّجوعَ والرَّفعَ بعد الوُقوعِ.

وتظهرُ ثمَرةُ الخِلافِ فيما إذا قال: له عليَّ ألفُ دِرهَمٍ إلا مِائةً أو خَمسين، فعندنا: تَلزَمُه تِسعُمائةٍ؛ لأنه لما كان تَكَلُّمًا بالباقِي، وكان مانِعًا من الدُّخول.. شَكَكنا في الْمُتكلَّم به، والأصلُ فَراغُ الذِّمَم،

(١) في (ح): وهو الصرف لغة.

(٢) قال العلامة التفتازاني رَحِمَهُ اللَّهُ في «التلويح» ٢/ ٤١: ذكر بعض المشايخ أن الاستثناء يعمل عندنا بطريق البيان، بمعنى الدلالة على أن البعض غير ثابت من الأصل، حتى كأنه قيل: علي سبعة، ولم يتعلق التكلم بالعشرة في حق لزوم الثلاثة، فالاستثناء تصرف في الكلام، بجعله عبارة عما وراء المستثنى.

وعند الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: بطريق المعارضة، بمعنى أن أول الكلام إيقاع للكل، لكنه لا يقع لوجود المعارض، وهو الاستثناء الدال على النفي عن البعض، حتى كأنه قال: إلا ثلاثةً فإنها ليست عليّ، فلا يلزمه الثلاثة للدليل المعارض لأول الكلام، فيكون الاستثناء تصرفًا في الحكم، فأجابوا بأن الكلام قد يسقط حكمه بطريق المعارضة بعدما انعقد في نفسه، كما في التخصيص.

صَحَّ استِثناءُ بعضِ ما أَقرَّ به مُتَّصِلًا، ولَزِمه الباقِي، ....

فلا يَلزَمُه الزَّائدُ بالشَّكِّ، فصار نَظيرَ ما لو قال: عليَّ تِسعُمائةٍ أو تِسعُمائةٍ وخَمسون، فإنه يَلزَمُه الأقلُّ[1]..

وعنده: لَمّا دَخَل الألفُ كلُّه صار الشَّكُّ في الْمُخرَج، فخَرَج الأقلُّ، وهو خَمسون، والباقِي على حاله[2].

قولُه: (وما في مَعناه)[3] مِثلُ قولِه: له عليَّ ألفٌ من ثَمَن عبدٍ لم أَقبِضه، فإن قولَه: لم أَقبِضه في مَعنى الاستِثناءِ.

(**صحَّ استِثناءُ بعضِ ما أَقرَّ به**) حالَ كونِ الاستِثناءِ (**مُتَّصِلًا**) قيَّد به: لأنه إذا استَثنى غيرَ مُتَّصِلٍ لم يَصِحَّ الاستِثناءُ، وإنما شَرَط الاتِّصالَ: لأن الكَلامَ لا يَتِمُّ إلا بآخِره، فإذا انقَطَع الكَلامُ فقد تمَّ، فلا يُعتبَرُ الاستِثناءُ بعدَه (**ولَزِمه الباقِي**) أي الْمُستَثنى منه، نحوُ ما إذا قال: له عليَّ عشَرةٌ إلا دِرهَمًا: يَلزَمُه تِسعةُ دَراهِمَ.

---

(١) في (ج): فإنه يلزمه الأصل. وانظر «التبيين» ٥/١٣.

(٢) قال الكاكي رَحِمَهُ اللَّهُ في «معراج الدراية»: لو قال: عليَّ ألف إلا مائة أو خمسين.. قال أبو سليمان: عليه تسعمائة وخمسون؛ لأنه ذكر كلمة الشك في الاستثناء، فيثبت أقلهما، كما لو ذكر كلمة الشك في الإقرار بين الشيئين، فإنه يثبت أقلهما، فكذا هذا، وفي رواية أبي حفص: يلزمه تسعمائة؛ لأن الشك في الاستثناء يوجب الشك في الإقرار، فكأنه قال: علي تسعمائة أو تسعمائة وخمسون، فيثبت الأقل، قالوا: والأول أصح؛ لأن الشك حصل في الاستثناء ظاهرًا. اهـ شلبي ٥/١٣.

(٣) أي قول الشيخ في عنوان الباب.

لا استِثناءُ الكلِّ.

وصحَّ استِثناءُ الكَيليِّ والوَزنيِّ من الدَّراهِم، ....

وإطلاقُ لفظِ البعضِ دَليلٌ على أن استِثناءَ الأكثَرِ جائزٌ، نحوُ: له عليَّ عشَرةٌ إلا تِسعةً: يَلزَمُه دِرهَمٌ واحِدٌ، وعند أحمدَ: لا يَصِحُّ استِثناءُ الأكثرِ.

(لا) يَصِحُّ (استِثناءُ الكلِّ) وهو الاستِثناءُ الْمُستغرِقُ، نحوُ: له عليَّ عشَرةٌ إلا عشَرةً؛ لأنه رُجوعٌ، فلا يَصِحُّ، إلا إذا كان بخِلاف لفظِ الْمُستَثنى منه، نحوُ: عَبيدي أحرارٌ إلا هؤلاء، أو: نِسائي طَوالِقُ إلا هؤلاء، أو: عَبيدي أحرارٌ إلا مُبارَكًا وسالِمًا وبُزَيغًا، أو: نِسائي طَوالِقُ إلا زَينبَ وعَمْرةَ وفاطِمةَ، وليس له عَبيدٌ ولا نِساءٌ غيرُ الْمُستَثنى: صحَّ الاستِثناءُ، فلا يَعتِقُ واحِدٌ منهم، ولا تَطلُقُ واحِدةٌ منهنَّ؛ لأنه إذا اختَلَف اللَّفظُ يُتوهَّمُ بَقاءُ شيءٍ من الْمُستَثنى منه؛ إذ اللَّفظُ صالِحٌ له، وذلك يَكفي لصِحّة الاستِثناءِ.

(وصحَّ استِثناءُ الكَيليِّ والوَزنيِّ من الدَّراهِم) نحوُ ما إذا قال: له عليَّ ألفُ دِرهَمٍ إلا قَفيزَ حِنطةٍ، أو إلا دِينارًا: صحَّ ذلك، وكذا لو قال: له عليَّ مائةُ دينارٍ إلا قفيزَ شعيرٍ، أو إلا عشَرةَ دراهِمٍ، صحَّ عندهما، وقال محمَّدٌ لا يصِحُّ؛ لأنه استَثنى خلافَ الجِنسِ، فصار كما لو قال: إلا شاةً[1]، وبه

(١) أي أن الاستثناء إخراج بعض ما تناوله صدر الكلام، على معنى أنه لولا الاستثناء لكان داخلًا تحت اللفظ، وهذا لا يتصور في خلاف الجنس؛ لعدم دخوله تحت اللفظ. «التبيين» ٥/ ١٥.

لا غيرِهما.

ولو وَصَل بإقراره (إن شاء الله) بَطَل إقرارُه.

قال زفرُ وأحمدُ، ولهما: أنَّه استَثنى مِقدارًا من مُقدَّرٍ[1]، وهو جِنسُه مَعنًى، بخلاف الشاةِ[2].

(لا) يصحُّ استِثناءُ (غيرِهما) أي غيرِ الكيليِّ والوزنِيِّ من الدراهمِ، كما إذا قال: له عليَّ مائةُ دِرهَمٍ إلا ثوبًا، أو إلا شاةً، وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَصِحُّ من حيث إنهما مُتَّحِدان من جيث الماليَّةُ، وبه قال مالِكٌ، ولنا: ما قُلنا.

(ولو وَصَل) المُقِرُّ (بإقراره (إن شاء الله): بَطَل إقرارُه) خِلافًا لأحمدَ؛ لأنه إبطالٌ أو تَعليقٌ، فإن كان الأوَّلَ فقد بَطَل، وهو ظاهِرٌ، وإن كان الثانيَ فكذلك؛ لأن الإقرارَ لا يَحتمِلُ التَّعليقَ بالشَّرط، حتى إذا قال: لفُلانٍ عليَّ ألفُ دِرهَمٍ إن شاءَ فُلانٌ: كان الإقرارُ باطِلًا وإن شاء فُلانٌ؛ لأنه عَلَّقه بشرطٍ في وُجوده خَطرٌ..

---

(١) في (أ) و(ج): مقدار.

(٢) وعندهما: أن القياس ما قاله محمد وزفر رَحِمَهُمَا اللَّهُ لِما بيَّنَّا، إلا أنهما استحسنا في المقدرات وهي المكيل والموزون؛ لأنها جنس واحد في المعنى، من حيث إنها تثبت في الذمة حالًا ومؤجَّلًا، ويجوز استقراضها، وإن اختلفت صورتها، فإذا كانت في المعنى جنسًا واحدًا جاز استثناؤها باعتبار المعنى؛ لأن الاستثناء استخراج بطريق المعنى، على أن يصير الكلام به عبارةً عما وراء المستثنى. «التبيين» ٥/ ١٥.

وكذا كلُّ إقرارٍ عُلِّق بالشَّرط، نحوُ قولِه: إن دَخَلتُ الدّارَ، أو: إن مَطَرت السَّماءُ، أو: إن هَبَّت الرِّيحُ، أو: إن قَضى اللهُ تَعالى، أو أرادَه، أو رَضِيه، أو أحَبَّه، أو قَدَّره، أو يَسَّره..

ولو قال: اشهَدوا أن له عليَّ ألفَ دِرهَم إن مِتُّ، فهو عليه إن مات وإن عاش؛ لأنه ليس بتَعليقٍ؛ فإن مَوتَه كائِنٌ لا مَحالةَ، وكذا إذا قال: إذا جاء رأسُ الشَّهرِ، أو أفطرَ النّاسُ، أو إلى الفِطر، أو إلى الأَضحى؛ لأن هذا ليس بتَعليقٍ، وإنما هو دَعوى الأجَلِ إلى الوَقت الْمَذكورِ، فيُقبَلُ إقرارُه، ودَعواه الأجَلَ لا يُقبَلُ إلا ببَيِّنةٍ.

فإن قُلتَ: ما مَعنى قولِهم: الاستِثناءُ بمَشيئة اللهِ إما إبطالٌ أو تَعليقٌ؟

قُلتُ: إنه إبطالٌ عند محمدٍ، وتَعليقٌ عند أبي يوسف.

بَيانُه: فيما قال في «الفَتاوى الصُّغرى» و«التَّتِمَةِ»: إذا قال: أنتِ طالِقٌ إن شاء اللهُ تَعالى: فهو يَمينٌ عند أبي يوسف، حتى لو قال لامرَأته: إن حَلَفتُ بطَلاقِكِ فأنتِ طالِقٌ، ثم قال لها: أنتِ طالِقٌ إن شاء اللهُ تَعالى: يَحنَثُ، وعند محمدٍ: لا يكونُ يَمينًا، حتى لا يَحنَثُ به..

وفي «الواقِعات الحُسامِيّةِ»: رجلٌ قال لامرَأته: أنتِ طالِقٌ، فجَرى على لِسانه: إن شاء اللهُ من غَير قَصدٍ، وكان قَصدُه إيقاعَ الطَّلاقِ: لا يَقَعُ الطَّلاقُ؛ لأن الاستِثناءَ مَوجودٌ حَقيقةً، والكَلامُ مع الاستِثناءِ لا يَكونُ إيقاعًا.

ولو استَثنى البِناءَ من الدّار: فهما للمُقَرِّ له.

وإن قال: بِناؤُها لي، والعَرْصةُ لك: فهو كما قال.

ولو قال: عليَّ ألفٌ من ثَمَن عبدٍ لم أقبِضه، فإن عَيَّن العبدَ وسَلَّمه إليه: لَزِمه الألفُ، ....

(**ولو استَثنى البِناءَ من الدّار**) بأن قال: هذه الدّارُ لزَيدٍ، والبِناءُ لنَفسي (**فهما**) أي الدّارُ والبِناءُ جَميعًا (**للمُقَرِّ له**) لأن البِناءَ داخِلٌ في الإقرار مَعنًى لا لَفظًا، والاستِثناءُ تَصرُّفٌ في اللَّفظ، فلم يَصِحَّ، وعند الثَّلاثةِ: يَصِحُّ.

(**وإن قال**) المُقِرُّ (**بِناؤُها لي، والعَرْصةُ**) أي البُقعةُ (**لك: فهو**) أي الحُكمُ أو إقرارُه (**كما قال**) بأن يَكونَ البِناءُ له، والعَرْصةُ للمُقَرِّ له؛ لأن العَرْصةَ عِبارةٌ عن البُقعة دون البِناءِ، فصار كأنه قال: بَياضُ هذه الأرضِ دون البِناءِ لفُلانٍ..

بخِلاف ما إذا قال مَكانَ (العَرْصةِ): الأرضُ، بأن قال: بِناءُ هذه الدّارِ لي، وأرضُها لفُلانٍ؛ حيث يَكونُ له البِناءُ أيضًا؛ لأن الأرضَ كالدّار، فيتَبَعُها البِناءُ، بخِلاف ما إذا قال: بِناءُ هذه الدّارِ لزَيدٍ، والأرضُ لعَمرٍو؛ حيث يَكونُ لكلٍّ منهما ما أقَرَّ له به.

(**ولو قال**) رجلٌ (**عليَّ ألفٌ**) لفُلانٍ (**من ثَمَن عبدٍ**) اشتَريتُه منه و(**لم أقبِضه**) أي العبدَ (**فإن عَيَّن**) المُقِرُّ (**العبدَ**) بأن ذَكَر عبدًا بعَينه (**وسَلَّمه**) أي المُقَرُّ له سَلَّم العبدَ (**إليه**) أي إلى المُقِرِّ (**لَزِمه**) أي المُقِرَّ المُشتَرِي (**الألفُ**) لأنه أقَرَّ بألفٍ على صِفةٍ، فتَلزَمُه على الصِّفة التي أقَرَّ بها

وإلا لا، وإن لم يُعيِّن: لَزِمه الألفُ.

كقَوله: من ثَمَن خمرٍ أو خِنزيرٍ، ولو قال: من ثَمَن مَتاعٍ، أو أقرَضَني وهي زُيوفٌ، ....

(**وإلا**) أي وإن لم يُسلِّم الْمُقَرُّ له العبدَ إلى الْمُقِرّ (**لا**) يَلزَمُه شيءٌ؛ لما ذَكَرنا.

(**وإن لم يُعيِّن**) الْمُقِرُّ العبدَ (**لَزِمه الألفُ**) عند أبي حنيفةَ، ولم يُصدَّق في قَوله: ما قَبَضتُ العبدَ، وَصَل كَلامَه أو فَصَل، وقالا: إن وَصَل صُدِّق، ولا يَلزَمُه شيءٌ، وإن فَصَل.. فإن أنكَر الْمُقَرُّ له سبَبَ الوُجوبِ: لم يُصدَّق، وإن صَدَّقه الْمُقَرُّ له؛ لأنه بَيانُ تَغييرٍ، فيَصِحُّ مَوصولًا لا مَفصولًا، وبه قالَت الثَّلاثةُ.

وله: أنه رُجوعٌ بعدَ الإقرارِ، فلا يَصِحُّ لا مَوصولًا ولا مَفصولًا، وبه قال زفرُ والحسَنُ، كذا في «التَّقريب».

(**كقَوله**) أي كقَول الْمُقِرِّ، أي كما يَلزَمُه الألفُ في قَوله: له عليَّ ألفٌ (**من ثَمَن خمرٍ أو خِنزيرٍ**) ولم يُقبَل هذا التَّفسيرُ عند أبي حنيفةَ، وصَل أو فَصَل، وعندهما: يُصدَّقُ إن وَصَل، ولا يَلزَمُه الألفُ على ما مرّ..

ولو قال: له عليَّ ألفُ دِرهَمٍ حرامٌ أو رِبًا: فهي لازِمةٌ؛ لاحتِمال أن يَكونَ هذا حَلالًا عند غيرِه، ولو قال: زُورًا أو باطِلًا، إن صَدَّقه الْمُقَرُّ له فلا شيءَ عليه، وإن كَذَّبه لَزِمه.

(**ولو قال**) له عليَّ ألفٌ (**من ثَمَن مَتاعٍ، أو أقرَضَني وهي زُيوفٌ**) جمعُ

أو نَبَهْرَجةٌ: لَزِمه الجِيادُ، بخِلاف الغَصبِ والوَديعةِ.
ولو قال: إلا أنه يَنقُصُ كذا ....

زَيفٍ، وهو ما زَيَّفه بيتُ المالِ، ولا يَقبَلُه (أو) قال: هي (**نَبَهْرَجةٌ**) وهي ما يَرُدُّه التُّجّارُ (**لَزِمه الجِيادُ**) عند أبي حنيفةَ، وَصَل أو فَصَل، وكذا إذا قال: سَتُّوقةٌ، أو: رَصاصٌ؛ لأن العَقدَ يَقتَضي سَلامةَ العِوَضَين عن العَيب، وادِّعاءُ العَيبِ رُجوعٌ عن بَعض مُوجَبِ العَقدِ، فلا يُسمَعُ، وقالا: يُصدَّقُ إذا وَصَل؛ لما مرّ، وبه قالَت الثَّلاثةُ..

(**بخِلاف الغَصبِ والوَديعةِ**) بأن قال: له عليَّ ألفُ دِرهَمٍ غَصَبتُه منه، إلا أنها زُيوفٌ، أو: له عندي ألفُ دِرهَمٍ وَديعةٌ، إلا أنها زُيوفٌ: فإنَّه يُصدَّقُ مُطلَقًا؛ لأن الغَصبَ لا يَقتَضي السَّلامةَ[1]، وكذا الوَديعةُ.

وكذا لو قال: إلا أنها نَبَهْرَجةٌ؛ لأنها نوعٌ من الدَّراهِم، ولو قال: إلا أنها سَتُّوقةٌ: لا يُصدَّقُ إلا مَوصولًا؛ لأنها ليست من جِنس الدَّراهِمِ.

وعند الشّافعيِّ وأحمدَ: يَلزَمُه الجِيادُ مُطلَقًا في الكُلِّ.

(**ولو قال**) المُقِرُّ: له عليَّ ألفُ دِرهَمٍ (**إلا أنه يَنقُصُ كذا**) مائةَ دِرهَمٍ

(١) أي عن العيب عرفًا؛ لأن كُلًّا منهما كما يُرَدُّ في الجياد يُرَدُّ في الزيوف، فكان ذلك بيان النوع، فصَحَّ موصولًا ومفصولًا، فصار كما إذا ادعى بالغصب الوديعة بأن غصب ثوبًا أو كان عنده وديعة فجاء به وهو معيب خَلَقٌ، فقال: كان ذلك يوم الغصب أو الوديعة: كان القول قولَه، فكذا هذا، وقال الفقيه أبو الليث في «شرح الجامع الصغير»: وفي قول زفر والحسن بن زياد: إن قال موصولًا لا يُقبل قوله، وإن قال مفصولًا لا يقبل قوله. اهـ إتقاني. شلبي ٥/ ٢٠.

-مُتَّصِلًا-: صُدِّق، وإلا لا.

ومَن أقَرَّ بغَصبِ ثَوبٍ، وجاء بمَعيبٍ: صُدِّق.

وإن قال: أَخَذتُ منك ألفًا وَديعةً، وهَلَكت، وقال: أَخَذتَها غَصبًا: فهو ضامِنٌ، ....

مثلًا، واستَثنى ذلك استِثناءً (**مُتَّصِلًا**) بكَلامه (**صُدِّق**) لأنه استَثنى القَدْرَ، فيَكونُ تَغييرًا، فيَصِحُّ مَوصولًا لا مَفصولًا (**وإلا**) أي وان لم يَستَثنِ مُتَّصِلًا (**لا**) يُصدَّقُ، ولو كان الانقِطاعُ بسبَبِ انقِطاعِ النَّفَسِ، أو بسبَبِ دَفعِ السُّعالِ.. فعن أبي يوسف: أنه يَصِحُّ إذا وَصَله به، وعليه الفَتوى.

(**ومَن أقَرَّ بغَصبِ ثَوبٍ، وجاء بمَعيبٍ**) أي بثَوبٍ مَعيبٍ (**صُدِّق**) لأن الغَصبَ لا يَختَصُّ بالسَّليم[1]، كالوَديعة، على ما بَيَّنّا.

(**وإن قال**) المُقِرُّ (**أَخَذتُ منك ألفًا وَديعةً، وهَلَكت**) عندي (**وقال**) المُقَرُّ له: بل (**أَخَذتَها**) حالَ كونِها (**غَصبًا**) أي حالَ كونِك[2] غاصِبًا (**فهو**) أي المُقِرُّ (**ضامِنٌ**) لأنه أقَرَّ بسبَبِ الضَّمانِ، وهو الأَخذُ، ثم إنه ادَّعى ما يُوجِبُ البَراءةَ، وهو الإِذنُ بالأخذ، والآخَرُ مُنكِرٌ، فالقولُ قولُه مع يَمينِه..

بخِلاف ما إذا قال المُقَرُّ له: بل أَخَذتَها قَرضًا؛ حيث يَكونُ القولُ للمُقِرّ؛ لأنهما تَصادَقا على أن الأخذَ حَصَل بإذنه، وهذا لا يُوجِبُ

(١) في سوى (أ) و(ب): بالتسليم.

(٢) في (هـ): أو حال كونه.

وإن قال: أعطيتَنيها وَديعةً، وقال: غَصَبتَها: لا، وإن قال: هذا كان وَديعةً لي عندَك، فأَخَذتُه، فقال: هو لي: أَخَذه.

وإن قال: آجَرتُ بَعيري أو ثَوبيَ هذا فُلانًا، فرَكِبه أو لَبِسه، فرَدَّه: فالقولُ للمُقِرّ.

الضَّمانَ على الآخِذ إلا باعتِبار عَقدِ الضَّمانِ، فالمالِكُ يَدَّعي عليه العَقدَ، وذلك يُنكِرُ، فالقَولُ قَولُ المُنكِرِ.

(وإن قال) المُقِرُّ (أعطيتَنيها) أي الألفَ (وَديعةً) أي لأجل كونِها وَديعةً عندي، وهَلَكت عندي (وقال) المالِكُ المُقَرُّ له: لا بل (غَصَبتَها) منِّي (لا) يَضمَنُ المُقِرُّ؛ لأنه لم يُقِرَّ بسَبَب الضَّمانِ، بل أقَرَّ بالإعطاء، وهو فِعلُ المُقَرِّ له، فلا يَكونُ مُقِرًّا على نَفسه بسَبَب الضَّمانِ، والمُقَرُّ له يَدَّعي عليه سبَبَ[1] الضَّمانِ، وهو يُنكِرُ، فالقولُ قولُه.

(وإن قال) رجلٌ (هذا) الشَّيءُ (كان وَديعةً) كائِنةً (لي عندَك، فأَخَذتُه، فقال) المُقَرُّ له (هو) أي هذا الشَّيءُ (لي: أَخَذه) المُقَرُّ له؛ لأن المُقِرَّ أقَرَّ باليَد له، ثم بالأخذ منه، وهو سبَبُ الضَّمانِ، ثم ادَّعى استِحقاقَه عليه، فلا تُقبَلُ دَعواه، فوَجَب عليه ردُّ العَينِ إن كان قائِمًا، وإلا فقيمتَه.

(وإن قال: آجَرتُ بَعيري أو ثَوبيَ هذا فُلانًا، فرَكِبه) أي البَعيرَ (أو لَبِسه) أي الثَّوبَ (فرَدَّه) إليَّ، وقال فُلانٌ: بل هما لي (فالقولُ) في ذلك (للمُقِرّ)

(١) في (ج) و(هـ): بسبب.

....

عند أبي حنيفةَ استِحسانًا، وقالا: القولُ قولُ الْمُقَرِّ له قِياسًا[1]، وبه قالَت الثَّلاثةُ.

وعلى هذا الخلاف: العارِيَةُ والإسكانُ، بأن قال: أعَرتُ فُلانًا ثَوبي، ثم أخَذتُه منه، أو أسكَنتُ فُلانًا دارِي، ثم أخَذتُها منه، وقال فُلانٌ: بل هو لي: فعلى الخِلاف الْمَذكورِ..

وجهُ القِياسِ: أنه أقَرَّ باليَد له، ثم ادَّعى عليه الاستِحقاقَ، فيُقبَلُ إقرارُه له دون دَعواه عليه، فيَجبُ عليه الرَّدُّ.

وجْه الاستِحسانِ: أن اليدَ في الإجارة تَثبُتُ ضَرورةَ استِيفاءِ الْمَعقودِ عليه، وهو الْمَنافِعُ، فلا يَكونُ إقرارًا باليَد لهما مَقصودًا، فلا يَظهَرُ في حقِّ الاستِحقاقِ على الْمُقِرِّ.

وفي «الأسرار»: الاختِلافُ فيما إذا لم تكن الدّابّةُ مَعروفةً للمُقِرِّ، ولو كانَت مَعروفةً كان القولُ قولَه بالإجماع.

ولو قال: اقتَضيتُ من فُلانٍ ألفَ دِرهَمٍ كانَت لي عليه، وأنكَر الْمُقَرُّ له: كان القولُ قولَه، فله أن يَأخُذَها منه، وهذا أظهَرُ.

ولو قال: إن فُلانًا زَرَع هذه الأرضَ، أو بَنى هذه الدّارَ، أو غَرَس هذا الكَرْمَ، وذلك كلُّه في يَد الْمُقِرِّ، وقال الْمُقَرُّ له: الْمِلكُ مِلكي، وفَعَلتُ ذلك لنَفسي، وقال الْمُقِرُّ: لا، ....

(١) في (أ): المقر له مع يمينه قياسًا.

ولو قال: هذا الألفُ وَديعةُ فُلانٍ لا بل وَديعةٌ لفُلانٍ: فالألفُ للأوّل، وعلى المُقِرِّ مِثلُه للثّاني.

بل استَعنتُ بك[1] ففَعَلتَ، أو فَعَلتَه بأجرٍ: كان القولُ للمُقِرّ.

ولو قال: إن هذا اللَّبَنَ، أو هذا السَّمنَ، أو هذا الجُبُنَّ.. من بَقَرة فُلانٍ، أو: هذا الصُّوفُ من غَنَمه، أو هذا الثَّمَرَ[2] من نَخلته، وادَّعى فُلانٌ أنه له: أُمِر بالدَّفع إليه؛ لأن الإقرارَ بمِلك الشَّيءِ إقرارٌ بما يَتولَّدُ منه؛ لأنه يُملكُ بمِلك الأصلِ.

(**ولو قال: هذا الألفُ وَديعةُ فُلانٍ**) عندي، ثم قال: (**لا بل وَديعةٌ لفُلانٍ: فالألفُ**) الذي ذَكَره يَكونُ (**للأوّل**) أي للمُقَرِّ له الأوّلِ (**وعلى المُقِرِّ**) ألفٌ (**مِثلُه**) أي مِثلُ الألفِ الأوّلِ (**للثّاني**) أي للمُقَرِّ له الثّاني؛ لأن الإقرارَ صحَّ للأوّل.

وقولُه: (لا بل وَديعةُ فُلانٍ) إضرابٌ عنه ورُجوعٌ، فلا يُقبَلُ قولُه[3] في حقِّ الأوّلِ، ويَجِبُ عليه ضَمانُ مِثلِها للثّاني؛ لأنه أقَرَّ له بها، وقد أتلَف عليه بإقراره بها للأوّل، فيَضمَنُ له[4].

بخِلاف ما إذا قال: هي لفُلانٍ، لا بل لفُلانٍ؛ حيث لا يَجِبُ عليه للثّاني شيءٌ؛ لأنه لم يُقِرَّ بالإيداع منه، وإنما أقَرَّ به للأوّل، ثم رَجَع

(١) أي على الزراعة أو البناء أو الغرس. اهـ إتقاني. شلبي ٥/ ٢٢.
(٢) في (ب) و(ج): التمر.
(٣) في (هـ): فالأصح يقبل قوله. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٣.
(٤) لأنه متعد بإقراره للأول في حقه. «التبيين» ٥/ ٢٣.

....

وشَهِد به للثّاني، فرُجوعُه لا يَصِحُّ، وشَهادتُه لا تُقبَلُ[1].

(١) وفي مسألة الكتاب أقر بالإيداع من الثاني، وقد عجز عن رد الوديعة بفعله، فصار مستهلِكًا لها، فيضمن، وعلى هذا لو كان الألف غير معين، بأن قال: لفلان علي ألف لا بل لفلان: يلزمه لكل واحد منهما ألف؛ لأن رجوعه عن الأول لا يصح، وإقراره للثاني صحيح، فيلزمه لهما، ولو كان المقَرُّ له واحدًا، بأن قال: لفلان علي ألف درهم لا بل ألفان: يلزمه أكثرهما استحسانًا، وهو الألفان، والقياس أن يجب عليه المالان وهو ثلاثة آلاف، وهو قول زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن كلمة (لا بل) رجوع عن الأول، واستدراك غلط بالثاني، والرجوع عن الأول لا يصح، وإقراره بالمالين صحيح، فلزماه، فصار كما إذا اختلف المقَرُّ لهما على ما بيَّنَّا... إلخ. «التبيين» ٥/ ٢٣.

باب إقرارِ الْمَريضِ دَينَ الصِّحّةِ

وما لَزِمه في مَرَضه بسبَبٍ مَعروفٍ: قُدِّم على ما أقَرَّ به في مَرَضه، وأُخِّرَ الإرثُ عنه.

وإن أقَرَّ الْمَريضُ لوارِثه: بَطَل، ....

هذا (باب) في بَيان أحكامِ (إقرارِ الْمَريضِ دَينَ الصِّحّةِ)

(وما) أي الدَّينُ الذي (لَزِمه في مَرَضه بسبَبٍ مَعروفٍ) وهو كلُّ دَينٍ وَجَب عليه من ثَمَن مالٍ مَلَكه أو استَهلَكه، أو عُلِم وُجوبُه بالبَيِّنة (قُدِّم على ما أقَرَّ به في مَرَضه) وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الدَّينان سواءٌ؛ لأنه إقرارٌ لا تُهَمةَ فيه؛ لأنه صادِرٌ عن عَقلٍ، والذِّمّةُ قابِلةٌ للحُقوق في الحالَين، وبه قال مالِكٌ وأحمدُ..

ولنا: أن حقَّ غُرَماءِ الصِّحّةِ تَعلَّقَ بمال الْمَريضِ مَرَضَ الموتِ في أوَّل مَرَضِه؛ لأنه عَجَز عن قَضائه من مالٍ آخَرَ، فالإقرارُ فيه صادَف حقَّ غُرَماءِ الصِّحّةِ، فكان مَحجورًا عنه، ومَدفوعًا به، وإنما استَوى الدَّينُ الْمَعروفُ السَّبَبِ ودَينُ الصِّحّةِ: لأنه لما عُلِم سبَبُه انتَفى التُّهَمةُ في الإقرار به.

(وأُخِّرَ الإرثُ عنه) أي عن الدَّين الذي أقَرَّ به في حالةِ الْمَرضِ؛ لأنَّ الورَثةَ لا تستَحِقُّ شيئًا من مالِ الميتِ ما دامَ عليه دَينٌ.

(وإن أقَرَّ الْمَريضُ لوارِثه: بَطَل) وقال الشّافعيُّ: لا يَبطُلُ؛ لأنه مالِكٌ له أقَرَّ به لغَيره، فيَصِحُّ، كما في حال الصِّحّةِ، وعند مالِكٍ: يَصِحُّ إذا لم يُتَّهَم.

إلا أن يُصدِّقَه البَقِيَّةُ.

وإن أقَرَّ لأجنَبِيٍّ: صحّ، وإن أحاطَ بماله.

وإن أقَرَّ لأجنَبِيٍّ، ثم أقَرَّ ببُنُوَّته: ثَبَت نسَبُه، وبَطَل إقرارُه.

ولنا: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا وَصِيَّةَ لوارِثٍ، ولا إقرارَ له بالدَّين»(١)، ولأنه ضررٌ لبَقِيَّة الوَرَثَةِ.

(إلا أن يُصدِّقَه) أي الْمَريضَ (البَقِيَّةُ) من الوَرَثة؛ لأن الحَجْرَ كان لحَقِّهم، فإذا صَدَّقوه فقد أقَرُّوا بتَقدُّمه عليهم، فيَلزَمُهم، وكذا لو كان له دَينٌ على وارِثه، فأقَرَّ بقَبضه: لا يَصِحُّ إلا أن يُصدِّقَه البَقِيَّةُ.

(وإن أقَرَّ) الْمَريضُ (لأجنَبِيٍّ صحّ) لعَدَم التُّهَمةِ (وإن أحاطَ) إقرارُه، أي وإن استَغرَقَ (بماله) وعند أحمدَ: يَصِحُّ من الثُّلُث.

(وإن أقَرَّ لأجنَبِيٍّ، ثم أقَرَّ ببُنُوَّته) أي بأنه ابنٌ له (ثَبَت نسَبُه) لأن النَّسَبَ من الحَوائِج الأصليّةِ، ولا تُهَمةَ فيه (وبَطَل إقرارُه) لأنه تَبيَّن أنه أقَرَّ للوارِث، إلا عند الشّافعيِّ في الأصحّ ومالِكٍ: لا يَبطُلُ إذا لم يُتَّهَم.

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ١١١: أخرجه الدارقطني في «سننه» (٤٢٩٨) في كتاب الوصايا عن نوح بن دراج عن أبان بن تغلب عن جعفر بن محمد عن أبيه، قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا وصية لوارث، ولا إقرار له بدين». انتهى، وهو مرسل، ونوح بن دراج ضعيف، نُقل عن أبي داود أنه قال فيه: كان يضع الحديث. انتهى، وأسنده أبو نعيم الحافظ في «تاريخ أصبهان» (١/ ٢٧٣) في ترجمة أشعث بن شداد الخراساني، ثنا يحيى بن يحيى ثنا نوح بن دراج به، ثم ذكر ما معناه أنه روي مرسلًا أيضًا، قال ابن القطان في «كتابه»: وهو الصواب. انتهى. ورواه أبو الشيخ في «طبقات المحدثين» (٣/ ١٧٢)، والبيهقي (١١٤٥٩).

وإن أَقَرَّ لأجنَبيّةٍ ثم نَكَحها: صحَّ، بخِلاف الهِبةِ والوَصِيّةِ.
وإن أقَرَّ لمن طَلَّقها ثَلاثًا فيه: فلها الأقلُّ من الإرث والدَّينِ.
وإن أقَرَّ بغُلامٍ مَجهولٍ يُولَدُ مِثلُه ....

(**وإن أقَرَّ**) الْمَريضُ (**لأجنَبيّةٍ**) أي لامرَأةٍ أجنَبيّةٍ (**ثم نَكَحها: صحَّ**) إقرارُه لها، وقال زفرُ: لا يَصِحُّ؛ لأنها وارِثةٌ عند الموتِ فتَحصُلُ التُّهَمةُ، ولنا: أنه أقَرَّ، وليس بينهما سبَبُ التُّهَمةِ، فلا يَبطُلُ بسبَبٍ يَحدُثُ بعدَه.

(**بخِلاف الهِبةِ والوَصِيّةِ**) حيث لا يَصِحّان لها أيضًا، كما لا يَصِحُّ للوارِث، صورتُه: أن يَهَبَ لأجنَبيّةٍ شيئًا، أو يُوصِيَ لها بشيءٍ، ثمَّ يَتزوَّجَها، فإنها لا تَصِحُّ؛ لأن الوَصِيّةَ تَمليكٌ بعدَ الموتِ، وهي وارِثةٌ حينَئذٍ، فلا تَصِحُّ، والهِبةُ في الْمَرَض وَصِيّةٌ، حتى لا يَنفُذُ إلا من الثُّلُث، فلا تَصِحُّ أيضًا.

(**وإن أقَرَّ لمن طَلَّقها ثَلاثًا فيه**) أي في الْمَرَض (**فلها الأقلُّ من الإرث والدَّينِ**) لأنهما مُتَّهَمان في ذلك؛ لانسِداد بابِ الإقرارِ للوارِث، فلعلَّ الإقدامَ على الطَّلاق لتَصحيح الإقرارِ لها زِيادةً على مِيراثها، والتُّهَمةُ مُنتفِيةٌ عن أقلِّ الأمرَين، وفي قَولٍ عن الشّافعيِّ: لا يَلزَمُ الإقرارُ.

وهذا إذا طَلَّقها بسُؤالها، وإن طَلَّقها بلا سُؤالها: فلها الْمِيراثُ بالِغًا ما بَلَغ، ولا يَصِحُّ الإقرارُ لها؛ لأنها وارِثةٌ؛ إذ هو فارٌّ.

(**وإن أقَرَّ**) رجلٌ (**بغُلامٍ مَجهولِ**) النَّسَبِ (**يُولَدُ مِثلُه**) أي مِثلُ هذا الغُلامِ

لِمِثله أنه ابنُه، فصَدَّقه الغُلامُ: ثَبَت نسَبُه، ولو مَريضًا، وشارَكَ الوَرَثةَ.

وصحَّ إقرارُه بالولَدِ، والوالِدَين، والزَّوجةِ، والْمَولى.

وإقرارُها بالوالِدَين، والزَّوجِ، والْمَولى، وبالوَلَدِ إن شَهِدت قابِلةٌ

(لِمِثله) أي لِمِثل هذا الْمَريضِ، قَيَّد به: لأنه إذا كان أكبرَ منه سِنًّا كَذَّبه الظّاهرُ، حتى عند مالِكٍ: لو كَذَّبه العُرفُ، بأن يكون هِنديًّا، والغُلامُ فارِسيًّا: لا يَثبُتُ نسَبُه (أنه) أي أن هذا الغُلامَ (ابنُه فصَدَّقه) أي الْمُقِرَّ (الغُلامُ).

قَيَّد به: لأن الْمَسألةَ في الغُلامِ الْمُعبِّرِ عن نَفسه؛ لأنه حينَئذٍ يَكونُ في يَد نفسِه، بخِلاف الصَّغيرِ؛ لأنه في يَد غيرِه، فيُنزَلُ مَنزِلةَ البَهيمةِ، فلم يُعتبَر تَصديقُه.

وعندَ الثَّلاثةِ: يَثبُتُ نسَبُه بلا تَصديقه أيضًا لو غيرَ مُكلَّفٍ.

(ثَبَت نسَبُه) لأنه من الحَوائِج الأصليّةِ، ولا تُهَمةَ فيه (ولو) كان الْمُقِرُّ في حالة إقرارِه (مَريضًا، وشارَكَ) الغُلامُ (الوَرَثةَ) في الْمِيراث؛ لأنه من ضَرورات ثُبوتِ النَّسَبِ.

(وصحَّ إقرارُه) أي إقرارُ الرَّجُلِ (بالولَدِ والوالِدَين والزَّوجةِ والْمَولى) لأنه ليس فيه حَملُ النَّسَبِ على غَيره، فيُقبَلُ.

(و) صحَّ (إقرارُها) أي إقرارُ المرأةِ (بالوالِدَين والزَّوجِ والْمَولى) لما ذَكَرنا (و) صحَّ إقرارُها أيضًا (بالوَلَدِ) بأحَد شَرطَين، أشار إلى الأوَّل بقَوله: (إن شَهِدت قابِلةٌ) بوِلادته منها، وأشار إلى الثّاني بقَوله:

أو صَدَّقها زَوجُها.

ولا بُدَّ من تَصديق هؤلاء، وصحَّ التَّصديقُ بعد موتِ الْمُقِرِّ، إلا تَصديقَ الزَّوجِ بعد موتِها.

(**أو صَدَّقها زَوجُها**) لأن الولَدَ للفِراش، والحقُّ له، فإذا صَدَّقها فقد أقرَّ به.

هذا إذا كانَت الْمَرأةُ ذاتَ زوجٍ، أو مُعتدّةً وادَّعت أن الولَدَ منه؛ لأن فيه تَحميلَ النَّسَبِ عليه، فلا يَلزَمُه بقَولها، أما إذا لم يكن لها زوجٌ، ولا هي مُعتَدَّةٌ، أو كان لها زوجٌ، وادَّعت أن الولَدَ من غَيره: صحَّ إقرارُها؛ لأن فيه إلزامًا على نَفسها دون غيرِها، فيَنفُذُ عليها.

(**ولا بُدَّ من تَصديق هؤلاء**) يَعني: تَصديقَ الولَدِ والوالِدَين والزَّوجةِ والْمَولى والزَّوجِ؛ لأن إقرارَ غيرِهم لا يَلزَمُهم؛ لأن كُلًّا منهم في يَد نفسِه، إلا إذا كان الْمُقَرُّ له صَغيرًا في يَد الْمُقِرِّ وهو لا يُعبِّرُ عن نَفسه، أو عبدًا له.. فيَثبُتُ نسَبُه بمُجرَّد الإقرارِ، ولو كان عبدًا لغَيره يُشترَطُ تَصديقُ مَولاه.

(**وصحَّ التَّصديقُ**) أي تَصديقُ هؤلاء (**بعد موتِ الْمُقِرِّ**) لأن النَّسَبَ يَبقى بعد الموتِ (**إلا**[1] **تَصديقَ الزَّوجِ**) بالزَّوجيّة[2] (**بعد موتِها**) أي بعد موتِ الْمَرأةِ؛ فإنه لا يَصِحُّ؛ لانقِطاع النِّكاحِ.

---

(١) في (ز) و(ح): لا. وانظر «التبيين» ٥/٢٧.

(٢) في (ب) و(د) و(هـ): بالزوجة.

وإن أَقَرَّ بنسَبٍ نحوِ الأخِ والعمِّ: لم يَثبُت، فإن لم يكن له وارِثٌ غيرُه قَريبٌ أو بَعيدٌ: وَرِثه، ....

وكذا إذا أقرَّ الرَّجُلُ بالزَّوجية، فصَدَّقته الْمَرأةُ بعد موتِه عند أبي حنيفة، وعندهما: يَجوزُ تَصديقُه بعد مَوتها[1]؛ لبَقاء النِّكاحِ بعد موتِ الْمَرأةِ في حقِّ الإرثِ، والإقرارُ قائِمٌ، والتَّكذيبُ منه لم يُوجَد، فصحَّ التَّصديقُ في هذه الحالةِ، فيَثبُتُ النِّكاحُ بتَصادُقهما، فيَرِثُ منها، ولهذا لو أَقام البَيِّنةَ على النِّكاح بعد موتِها تُقبَلُ.

(وإن أَقَرَّ) رجلٌ (بنسَبٍ نحوِ الأخِ والعمِّ: لم يَثبُت) نسَبُه منه؛ لأن فيه حَمْلَ النَّسَبِ على غَيره، فلا يَجوزُ إلا بإقامة البَيِّنةِ، إلا في حقِّ نفسِه، حتى تَلزَمُه الأحكامُ من النَّفَقة والحَضانةِ والإرثِ إذا تَصادَقا على ذلك؛ لأن إقرارَهما حُجّةٌ عليهما.

(فإن لم يكن له) أي للمُقِرِّ بأنه أخُوه أو عمُّه (وارِثٌ غيرُه) أي غيرُ نحوِ الأخِ والعمِّ (قَريبٌ أو بَعيدٌ: وَرِثه) لأنه مُقِرٌّ بشَيئَين.. بالنَّسَب: ففيه مُقِرٌّ على غَيره، فلا يَجوزُ، وباستِحقاقِ مالِه: ففيه مُقِرٌّ على نَفسه، فيُقبَلُ عند عدَمِ الْمُزاحِمِ.

وقال الشّافعيُّ: يَثبُتُ نسَبُه منه، ولا يُشارِكُ في الْمِيراث[2]، وفي قولٍ: لا يَثبُتان، وفي قولٍ: يَثبُتان.

---

(١) في سوى (أ) و(ج): تصديقها بعد موته. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٨.

(٢) في (ب): ولا يثبت الميراث، وفي (ج) و(د): ولا يشارك الميراث.

وإن كان: لا.

ومَن مات أبُوه، فأقَرَّ بأخٍ: شَرِكه في الإرث، ولم يَثبُت نسَبُه.

(**وإن كان**) له وارثٌ قَريبٌ، كذَوِي الأرحامِ، أو بَعيدٌ، كمَولى الْمُوالاةِ (**لا**) يَرِثُ الْمُقَرُّ له؛ لأن النَّسَبَ لم يَثْبُتْ بإقراره، فلا يَستحِقُّ الْمِيراثَ مع وارثٍ مَعروفٍ، قَريبًا كان أو بَعيدًا.

(**ومَن مات أبُوه، فأقَرَّ بأخٍ: شَرِكه**[1]) الأخُ (**في الإرث، ولم يَثبُت نسَبُه**) لما ذَكَرنا أن إقرارَه مَقبولٌ في حقِّ نفسِه، وغيرُ مَقبولٍ في حقِّ غيرِه.

قِيل: هذه الْمَسألةُ بعَينها فُهِمت مما تَقدَّم، فتَقَعُ هذه مُكرَّرةً.

قُلتُ: ليس كذلك؛ لأن الْمُقِرَّ في الْمَسألة السّابِقةِ مُورِّثٌ، وههنا وارِثٌ، وإن كانَتا سواءً في عَدَم ثُبوتِ النَّسَبِ.

وعند مالِكٍ وابنِ أبِي لَيلى: يُجعَلُ إقرارُه شائِعًا في التَّركة، فيُعطى الْمُقِرُّ من نَصيبه ما يَخُصُّه من ذلك، حتى لو كان لشخصٍ مات أبُوه أخٌ مَعروفٌ، فأقَرَّ بأخٍ آخَرَ، فكَذَّبه أخُوه الْمَعروفُ فيه: أُعطِي الْمُقِرُّ نِصفَ ما في يَده، وعندهما: ثُلُثَ ما في يَده.

ولو أقَرَّ بأُختٍ: تَأخُذُ ثُلُثَ ما في يده، وعندهما: تَأخذ خمُسَه.

ولو أقَرَّ ابنٌ وبِنتٌ بأخٍ، وكَذَّبهما ابنٌ وبِنتٌ: يُقسَمُ نَصيبُ الْمُقِرَّين أخماسًا، وعندهما: أرباعًا.

ولو أقَرَّ بامرَأةٍ أنها زَوجةُ أبيه: أخذت ثُمنَ ما في يَده.

---

(١) في (ح): شاركه.

وإن تَرَكَ ابنَين، وله على آخَرَ مِائةٌ، فأقَرَّ أحَدُهما بقَبض أبِيه خَمسين منها: فلا شيءَ للمُقِرّ، وللآخَر خَمسون.

ولو أقَرَّ بجَدّةٍ هي أُمُّ الميّتِ: أخَذت سُدُسَ ما في يَده.

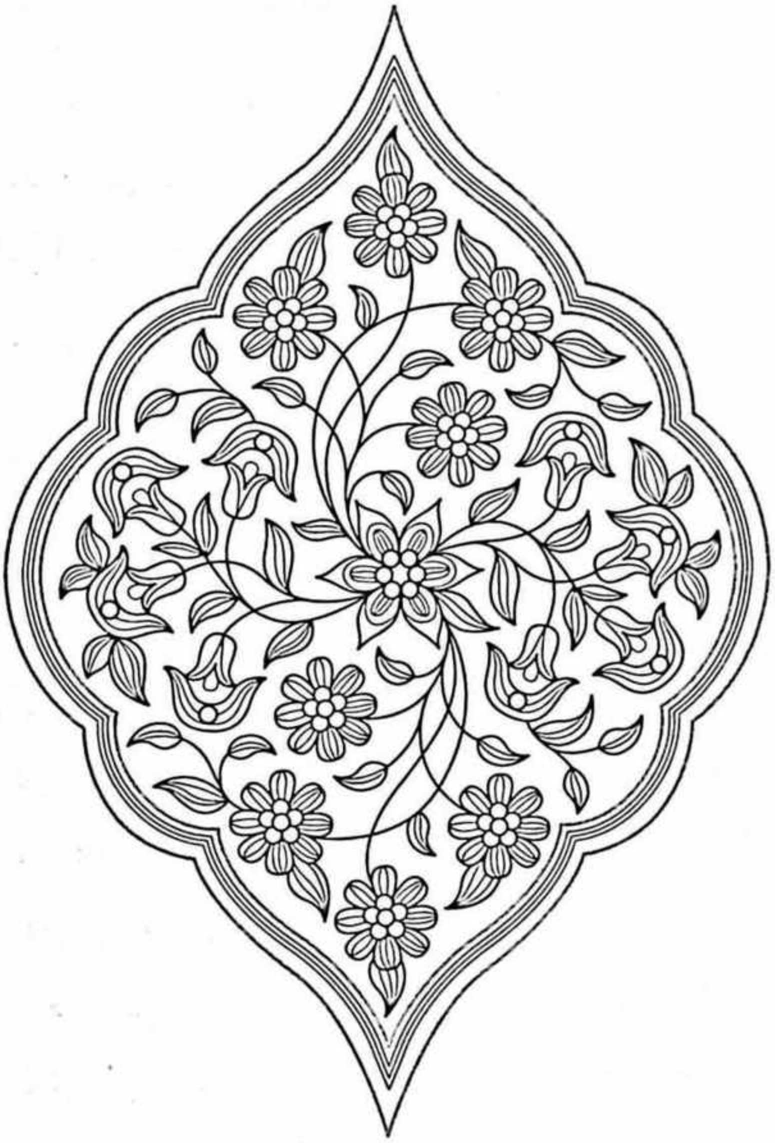
(وإن تَرَكَ) الميّتُ **(ابنَين، وله)** أي للمَيْت **(على)** شَخصٍ **(آخَرَ مِائةٌ)** دِرهَم **(فأقَرَّ أحَدُهما)** أي أحدُ الابنَين **(بقَبض أبِيه خَمسين)** دِرهَمًا **(منها)** أي من الْمِائة **(فلا شيءَ للمُقِرّ، وللآخَر)** أي وللابن الآخَرِ **(خَمسون)** لأنه أقَرَّ بالدَّين على الميّت، وكَذَّبه أخُوه، فيَنفُذُ في حَقّه خاصّةً، ففي زَعمه على الميّت خَمسون، والدَّينُ مُقدَّمٌ على الْمِيراث، فاستَغرَق نَصيبَه.

وليس له أن يُشارِكَ أخاه في الخَمسين، وإن تَصادَقا على أنه مُشتَرَكٌ بينهما؛ لأنه لو رَجَع الْمُقِرُّ على أخِيه لرَجَع أخُوه على الغَريم بما بَقِي من الدَّين على زَعمه، ثم رَجَع الغَريمُ على الْمُقِرّ بما زاد على الخَمسين مما أخَذه من أخِيه الْمُكذِّبِ؛ لأن الوارِثَ لا يَأخُذُ شيئًا إلا بعد قَضاءِ الدَّينِ، فيُؤدِّي إلى الدَّور.

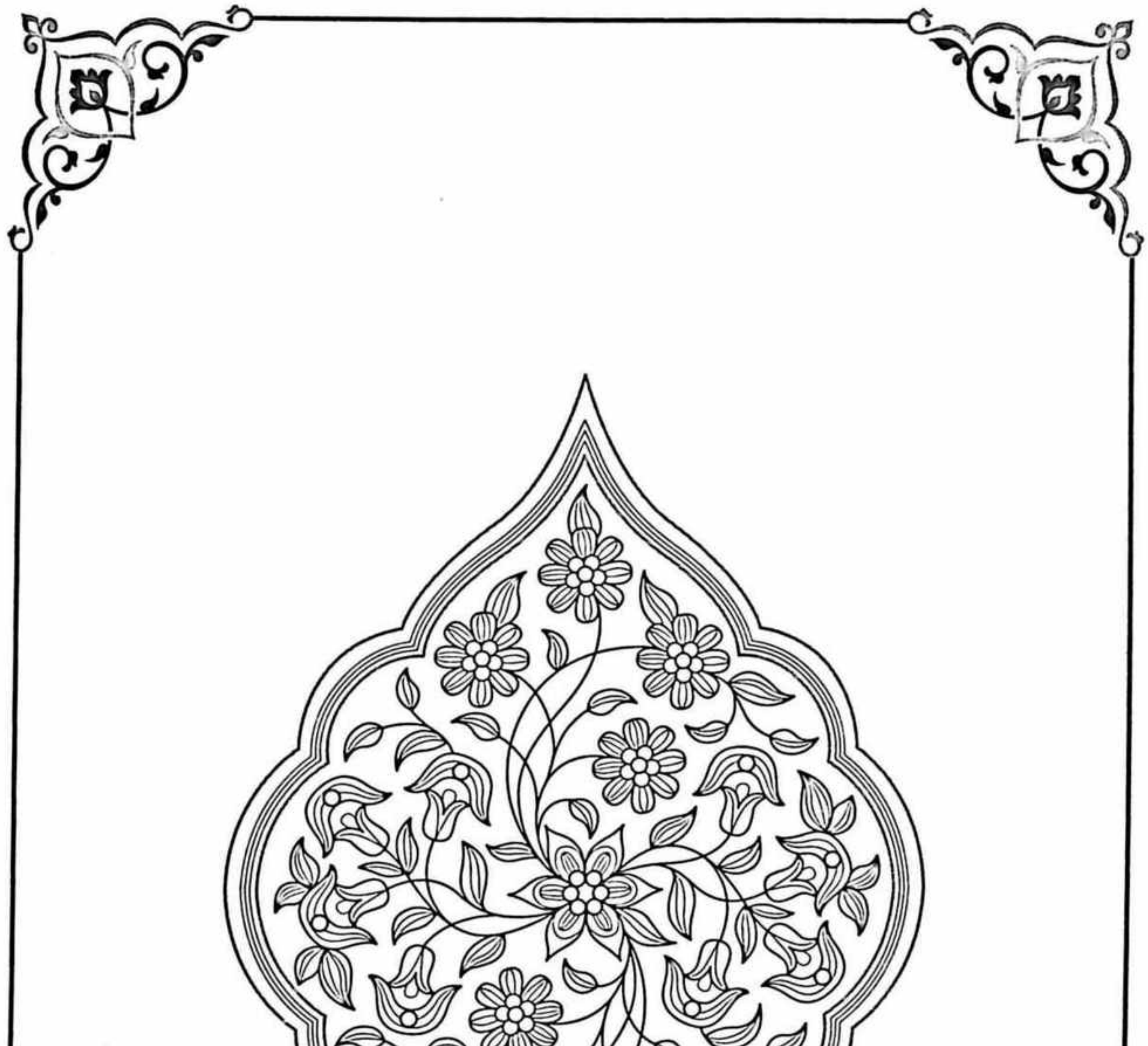
وعلى مَذهَب ابنِ أبِي لَيلى: أن الْمُقِرَّ يَحصُلُ له نِصفُ الخَمسين؛ لأنه يُصرَفُ الإقرارُ إلى الكُلّ شائعًا، فإقرارُه في[1] حَقّه مَقبولٌ، فيَصِحُّ، وفي حقّ أخِيه غيرُ مَقبولٍ، فلا يَصِحُّ، واللهُ أعلَمُ.

---

(١) في (ج): من حقه.



كتاب الصّلح



كِتاب الصُّلحِ

هو: عَقدٌ يَرفَعُ النِّزاعَ.

وهو جائِزٌ بإقرارٍ، وسُكوتٍ، وإنكارٍ.

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (الصُّلحِ)

هو: اسمٌ بمَعنى الْمُصالَحةِ، وهي الْمُسالَمةُ، خِلافُ الْمُخاصَمةِ، وأصلُه: من الصَّلاح ضدُّ الفَسادِ.

وفي الشَّرع: (هو) أي الصُّلحُ (عَقدٌ يَرفَعُ النِّزاعَ) من بين الْمُدَّعِي والْمُدَّعَى عليه، ويَقطَعُ الخُصومةَ.

(وهو) أي الصُّلحُ (جائِزٌ بإقرارٍ وسُكوتٍ وإنكارٍ) لإطلاق قولِه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «كلُّ صُلحٍ جائِزٌ بينَ الْمُسلِمين، إلا صُلحًا أحَلَّ حَرامًا، أو حَرَّم حَلالًا»، أخرَجه أبو داوُدَ[١].

وقال الشَّافعيُّ: لا يَجوزُ مع الإنكارِ والسُّكوتِ؛ لأنه[٢] صُلحٌ أحَلَّ حَرامًا؛ لأنه أخذُ المالِ بغَير حقٍّ في زَعم الْمُدَّعَى عليه[٣]، فكان رِشوةً، ولنا: ما قُلنا.

---

(١) رواه الإمام أحمد (٨٧٨٤)، وأبو داود (٣٥٩٤)، والترمذي (١٣٥٢)، وابن ماجه (٢٣٥٣).

(٢) في سوى (أ): لأنه.

(٣) في (ج): في زعم المدعي.

فإن وَقَع عن مالٍ بمالٍ بإقرارٍ: اعتُبِر بيعًا، فيَثبُتُ فيه الشُّفعةُ، والرَّدُّ بالعَيب، وخِيارُ الرُّؤيةِ والشَّرطِ.

ويُفسِدُه جَهالةُ البدَلِ، ....

ومَعنى قولِه: «أحَلَّ حَرامًا، أو حَرَّم حَلالًا»: أي لعَينه، كما إذا صالَح على تَرك وطءِ الضَّرّةِ، أو على أن لا يَتصرَّفَ في بَدَل الصُّلحِ، أو أن يَجعَلَ عِوَضَ الصُّلحِ خمرًا أو خِنزيرًا.

(**فإن وَقَع**) الصُّلحُ (**عن مالٍ بمالٍ**) حالَ كونِه (**بإقرارٍ**) من الْمُدَّعى عليه (**اعتُبِر**) هذا الصُّلحُ (**بيعًا**) لوُقوع الْمُبادَلةِ بالمالَين في حَقِّ الْمُتصالِحَين بتَراضِيهما.

ثم أشار إلى فائِدته بالفاء بقَولِ: (**فيَثبُتُ فيه**) أي في هذا الصُّلحِ (**الشُّفعةُ**) في العَقار، بأن كانَت الدَّعوى في دارٍ في يَد رجلٍ قد أقَرَّ له بها، فصالَح الْمُدَّعيَ على مالٍ مُعيَّنٍ دَفَعه إليه، فهذا في الْمَعنى بيعٌ، وللجار أن يَطلُبَ الشُّفعةَ فيه.

(و) يَثبُتُ (**الرَّدُّ**) أي جَوازُ الرَّدِّ (**بالعَيب**) بأن كان بدَلُ الصُّلحِ عبدًا مثلًا، فوَجَد الْمُدَّعي فيه عَيبًا: له أن يَرُدَّه؛ لأنه اعتُبِر بيعًا.

(و) يَثبُتُ (**خِيارُ الرُّؤيةِ**) بأن لم يَرَ الْمُصالِحُ ما وَقَع عليه الصُّلحُ وقتَ الصُّلحِ، ثم رَآه: له الخِيارُ فيه، كما في شِراء ما لم يَره (و) يَثبُتُ خِيارُ (**الشَّرطِ**) بأن تَصالَحا على شيءٍ، فشَرَط أحَدُهما الخِيارَ لنَفسه؛ لأنه من أحكام البيعِ.

(**ويُفسِدُه**) أي الصُّلحَ (**جَهالةُ البدَلِ**) أي الذي وَقَع عليه الصُّلحُ؛ لأنه

لا جَهالةُ الْمُصالَح عنه.

وإن استُحِقَّ بعضُ الْمُصالَحِ عنه، أو كلُّه: رَجَع الْمُدَّعى عليه بحِصّة ذلك من العِوَض، أو بكلّه.

ولو استُحِقَّ الْمُصالَحُ عليه أو بعضُه: رَجَع ....

بيعٌ، فصار كجَهالة الثَّمَنِ (لا) يُفسِدُه (جَهالةُ الْمُصالَح عنه) لأنه لا يُحتاجُ فيه إلى تَسليمه، فلا تَضُرُّه الجَهالةُ، بخِلاف بدَلِ الصُّلحِ، فإنه يُحتاجُ إلى تَسليمه، وفيه خِلافُ الشّافعيّ.

(وإن استُحِقَّ بعضُ الْمُصالَحِ عنه) في الصُّلح عن إقرارٍ (أو) استُحِقَّ (كلُّه: رَجَع الْمُدَّعى عليه) وهو الْمُصالِحُ عن إقرارٍ (بحِصّة ذلك) أي الاستِحقاقِ (من العِوَض) وهو بدَلُ الصُّلحِ الذي دَفَعه إلى الْمُدَّعي.

صُورتُه: ادَّعى زيدٌ دارًا في يدِ عَمرٍو، فأقَرَّ عَمروٌ، وصالَح زيدًا على مِائة دِرهَمٍ، فصارَت المائةُ في يَد زيدٍ، والدّارُ في يَد عَمرٍو، ثم استُحِقَّ نِصفُ الدّارِ مثلًا: يَرجِعُ عَمروٌ على زيدٍ بخَمسين دِرهَمًا..

(أو) رَجَع الْمُدَّعى عليه (بكلّه) أي بكلّ العِوَضِ إذا استُحِقَّ كلُّ الْمُصالَحِ عنه، مثلًا: إذا استُحِقَّت الدّارُ كلُّها في الصُّورة الْمَذكورةِ: يَرجِعُ عَمرٌو على زيدٍ بمِائة دِرهَمٍ، وهو كلُّ العِوَضِ.

(ولو استُحِقَّ) كلُّ (الْمُصالَحُ عليه) وهو بدَلُ الصُّلح (أو) استُحِقَّ (بعضُه) أي بعضُ الْمُصالَحِ عليه (رَجَع) الْمُدَّعِي على الْمُدَّعَى عليه[1]

(١) في سوى (أ): رجع أي المدعى عليه على المدعي. وانظر «شرح» النانوتوي ٣/ ٧٢ =

بكلِّ الْمُصالَحِ عنه، أو ببَعضه.

وإن وقَع عن مالٍ بمَنفَعةٍ: اعتُبِر إجارةً، فيُشترَطُ التَّوقيتُ، ويَبطُلُ بمَوت أحَدِهما.

(بكلِّ الْمُصالَحِ عنه) لأنه مُبادَلةٌ (أو) رَجَع (ببَعضه) أي ببَعض الْمُصالَحِ عنه؛ لأنه حُكمُ الْمُعاوَضةِ.

(وإن وقَع) الصُّلحُ عن إقرارٍ (عن مالٍ بمَنفَعةٍ: اعتُبِر) هذا الصُّلحُ (إجارةً) صُورتُه: ادَّعى على رجلٍ شيئًا، فاعتَرَف به، ثم صالَحه على سُكنى دارِه سَنةً، أو على رُكوب دابّةٍ مَعلومةٍ[1]، أو على لُبس ثَوبِه، أو خِدمةِ عَبدِه، أو زِراعةِ أرضِه مُدّةً مَعلومةً.. فهذا الصُّلحُ جائِزٌ، فيَكونُ في مَعنى الإجارةِ، فتَجري فيه أحكامُ الإجارةِ، أشار إليها بالفاء بقَوله:

(فيُشترَطُ التَّوقيتُ) لكن هذا في الأَجير الخاصِّ، بأن ادَّعى شيئًا، فوَقَع الصُّلحُ على خِدمة العبدِ، أو سُكنى سَنةٍ، وفيما عَدا ذلك لا يُشترَطُ التَّوقيتُ، كما إذا صالَحه على صَبغ الثَّوبِ، أو رُكوبِ الدّابّةِ إلى مَوضِعٍ، أو حَملِ الطَّعامِ إليه.

(ويَبطُلُ) الصُّلحُ الْمَذكورُ (بمَوت أحَدِهما) أي أحدِ الْمُتصالِحَين؛ لأنهما كالْمُؤجِر والْمُستأجِرِ، فيَرجِعُ بالْمُدَّعى، وكذا يَبطُلُ بفَوات محَلِّ

= نقلًا عن المصنف هنا.

(١) في (ز) و(ح): دابة مدة معلومة.

والصُّلحُ عن إنكارٍ أو سُكوتٍ: فِداءٌ لليَمين في حقِّ الْمُنكِرِ، ....

الْمَنفَعةِ قبلَ الاستيفاءِ، ولو كان ذلك بعدَ استيفاءِ بعضِ الْمَنفعةِ: بَطَل فيما بَقِي، ويَرجِعُ بالْمُدَّعى بقَدْره، وهذا كلُّه قولُ محمدٍ، وهو القِياسُ؛ لأنه إجارةٌ، وهي تَبطُلُ بذلك..

وقال أبو يوسف: لا يَبطُلُ الصُّلحُ بمَوت الْمُدَّعى عليه، بل الْمُدَّعي[1] يَستَوفي الْمَنافِعَ على حاله.

وإن مات الْمُدَّعي فكذلك في خِدمة العبدِ وسُكنى الدّارِ، والوارِثُ يَقومُ مَقامَه فيهما، ويَبطُلُ في رُكوب الدّابّةِ ولُبسِ الثَّوبِ، وفيما يُتفاوَتُ فيه، كلُبس الثِّيابِ، ورُكوبِ الدّابّةِ.. إن مات الْمُدَّعى عليه يَبقى، وإن مات الْمُدَّعي يَبطُلُ؛ لتَعذُّر إقامةِ الوارِثِ مُقامَه فيه.

وإن قُتِل العبدُ يَبطُلُ الصُّلحُ عند محمدٍ مُطلَقًا، كالإجارة، وعند أبي يوسف: يُنظَرُ.. فإن قَتَله[2] الْمُدَّعي أو الأجنَبيُّ: يَضمَنُ قِيمتَه، ويَشتَري بقِيمته عبدًا، فيَخدُمُه، ولكن يَثبُتُ له الخِيارُ، وإن قَتَله الْمُدَّعى عليه يَبطُلُ بالإجماع، كما إذا مات حَتْفَ أنفِه، أو أَعتَقه الْمَولى.

(والصُّلحُ) إذا وَقَع **(عن إنكارٍ أو سُكوتٍ: فِداءٌ لليَمين في حقِّ الْمُنكِرِ)** لأن في زَعمه لا حقَّ عليه، وأن الْمُدَّعيَ مُبطِلٌ في دَعواه، وإنما دَفَع المالَ إليه لئلا يَحلِفَ، ولتَنقطِعَ الخُصومةُ..

---

(١) في (ج) و(د): بالمدعى.

(٢) في (أ) و(د): قبله. وانظر «التبيين» ٥/ ٣٣.

ومُعاوَضةٌ في حقِّ الْمُدَّعي.

فلا شُفعةَ إن صالَحا عن دارَيهما، ....

(ومُعاوَضةٌ في حقِّ الْمُدَّعي) لأن في زَعمه أنه يَأخُذُه عِوَضًا عن ماله، وأنه مُحِقٌّ في دَعواه، ويَجوزُ أن يكونَ لشيءٍ واحِدٍ حُكمان مُختلِفانِ باعتِبار شَخصَين، كالنِّكاح مُوجَبُه الحِلُّ في الْمتَناكِحَين، والحُرمةُ في أُصولهما، فيُؤاخَذُ كلُّ واحِدٍ منهما بما يَزعُمُ.

ثم أشار إلى ما يَترتَّبُ على هذا الصُّلحِ بالفاء بقَوله:

(فلا شُفعةَ) بواجِبةٍ (إن صالَحا) أي الْمدَّعي والْمُدَّعى عليه (عن دارَيهما[1]) أي بالإنكار والسُّكوتِ.

صُورتُه: ادَّعى على رجلٍ دارًا، فأنكَر، أو سَكَت، ثم صالَح عنها بدَفع شيءٍ آخَرَ: لا يَجِبُ في دارِه الشُّفعةُ؛ لأنه يَدَّعي أنها دارُه، وأنه يَستبقِيها على ما كانَت عليه، وأن الذي دَفَعه إلى الْمُدَّعِي ليس بعِوَضٍ عنها، وإنما هو لافتِداء اليَمينِ وقَطعِ الخُصومةِ[2].

(١) في (أ): دار بهما. وانظر «التبيين» ٥/ ٣٣.

(٢) قال الإتقاني: وجملة القول ما قال الإمام الإسبيجابي في «شرح الطحاوي»، قال: وإذا ادعى دارًا في يد رجل صالح معه على مال معلوم..

فإن كان الصلح عن إقرار: تجب للشفيع فيه الشفعة؛ لأن صاحب اليد مقر بأن الدار كانت للمدعي، وإنما صارت له بهذا الصلح، فصار بمنزلة الشراء، فإن كان ما وقع عليه الصلح مثليًا: أخذها الشفيع من صاحب اليد، وإن كان غير مثلي: أخذها بالقيمة.

وإن كان الصلح عن إنكار: فلا شفعة للشفيع فيها؛ لأنَّ مِن زَعْم المدعَى عليه أن =

وتَجِبُ لو صالَحا على دارَيهما.

(وتَجِبُ) الشُّفعةُ (لو صالَحا) أي الْمُدَّعي والْمُدَّعى عليه (على دارَيهما[1]) أي بالإنكار أو السُّكوتِ.

صُورتُه: ادَّعى على رجلٍ شيئًا، فصالَحه على دارٍ، فدَفَعها إليه: وَجَبت فيها الشُّفعةُ؛ لأن الْمُدَّعيَ يَدَّعي أنه يَأخُذُها عِوَضًا عما ادَّعى، فكان مُعاوَضةً على زَعمه، فتَجِبُ فيها الشُّفعةُ، حتى لو ادَّعى دارًا، فأنكَر، فصالَحه عنها على دارٍ أُخرى: وَجَبت الشُّفعةُ في التي صالَح

= الدار كانت له، وإنما بذل المال للمدعي لدفع باطل خصومته، لا بدلًا للدار، ولكن الشفيع يقوم مَقام المدعي، وله أن يدلي بحجته، فإن أقام البينة على صاحب الدار أن الدار كانت للمدعي، أو حلف المدعَى عليه فنكل: فله الشفعة؛ لأنه تبين أن الدار إنما حصلت...، فصار بمنزلة الشراء.

وإن كان الصلح وقع على أرض بعينها، أو على دار بعينها للمدعَى عليه: وجب للشفيع فيها الشفعة بقيمة الدار المتروكة، سواء كان الصلح عن إقرار أو إنكار؛ لأنَّ مِن زَعْم المدعِي أنه إنما أخذها بدلًا عن الدار المتروكة، وأن للشفيع فيها الشفعةَ، فاستوى في المأخوذة حكم الإقرار والإنكار.

ولو صالح من دعواه في الدار على منافعَ لا على عينِ مالٍ: فلا شفعة في المتروكة، سواء كان الصلح عن إقرار أو إنكار؛ لأن بدل الدار ليس بعين مال.

ولو اصطلحا على أن يأخذ المدعي الدار ويعطيَه دارًا أخرى: فيجب في كل واحد من الدارين الشفعة بقيمة الدار الأخرى إذا كان الصلح عن إنكار؛ لأن الصلح إذا كان عن إنكار كانت هذه مبادلةُ دار بدار، ولو كان الصلح مثل هذا عن إقرار: فلا يصح الصلح ولا تجب الشفعة فيهما جميعًا؛ لأن الدارين جميعًا مِلكٌ للمدعي، كذا في «شرح الطحاوي». اهـ شلبي ٥/ ٣٣.

(١) في (أ) و(د): دار بهما.

ولو استُحِقَّ الْمُتنازَعُ فيه: رَجَع الْمُدَّعي بالخُصومة، ورَدَّ البدَلَ، ولو بعضُه: فبقَدْرِه.

عليها دون الأُخرى؛ لما ذَكَرنا، وإنكارُ الآخَرِ الْمُعاوَضةَ لا يَمنَعُ وُجوبَ الشُّفعةِ فيها.

(**ولو استُحِقَّ الْمُتنازَعُ فيه**) بأن ادَّعى رجلٌ على شخصٍ شيئًا، فأنكَر، ثم صالَحه على شيءٍ، ثم استُحِقَّ الْمُدَّعى، وهو الْمُتنازَعُ فيه (**رَجَع الْمُدَّعي بالخُصومة**) مع الْمُستحِقّ (**ورَدَّ البدَلَ**) أي العِوَضَ الذي أَخَذه إلى الْمُدَّعى عليه.

تَوضيحُه: زيدٌ ادَّعى دارًا في يَد عَمرٍو، فأنكَر عَمرٌو، أو سَكَت، ثم صالَح على مائةٍ، فصارَت المائةُ في يَد زيدٍ، والدّارُ في يَد عَمرٍو، ثم استُحِقَّ كلُّ الدّارِ.. فإن زيدًا يَرُدُّ المائةَ إلى عَمرٍو، ويَرجِعُ بالخُصومة في الدّار إلى الْمُستحِقّ؛ لأنه قام مَقامَ الْمُدَّعى عليه حِين أَخَذ الْمُدَّعى منه، فيَكونُ له أن يُخاصِمَه.

(**ولو**) استُحِقَّ (**بعضُه**) أي بعضُ الْمتنازَعِ فيه (**فبقَدْره**) أي فيَرُدُّ الْمُدَّعي إلى الْمُدَّعى عليه بقَدْر ما استُحِقّ.

صُورتُه: استَحَقَّ نِصفَ الدّارِ مُستحِقٌّ في الْمَسألة الْمَذكورةِ.. يَرُدُّ زيدٌ خَمسين إلى عَمرٍو، ويَرجِعُ إلى الْمُستحِقِّ بالخُصومة في النِّصف الباقِي.

ولو استُحِقَّ الْمُصالَحُ عليه أو بعضُه: رَجَع إلى الدَّعوى في كلِّه أو بَعضِه.

وهَلاكُ بدَلِ الصُّلحِ قبل التَّسليمِ: كاستِحقاقِه ....

(**ولو استُحِقَّ الْمُصالَحُ عليه**) أي الذي وَقَع عليه الصُّلحُ، إما كلُّه (**أو**) استُحِقَّ (**بعضُه: رَجَع**) الْمُدَّعي (**إلى الدَّعوى في كلِّه**) أي إذا استُحِقَّ كلُّ العِوَضِ (**أو**) رَجَع إلى الدَّعوى في (**بَعضه**) إن استُحِقَّ البَعضُ؛ لأن الْمُدَّعيَ ما تَرَك الدَّعوى إلا ليَسلَمَ له البدَلُ، فإذا لم يَسلَم له رَجَع بالْمُبدَل، وهو الدَّعوى..

بخِلاف ما إذا وَقَع الصُّلحُ بلَفظ البيعِ، بأن قال أحَدُهما: بِعتُك هذا الشَّيءَ بهذا، وقال الآخَرُ: اشتَريتُ؛ حيث يَرجِعُ الْمُدَّعي عندَ الاستِحقاقِ على الْمُدَّعى عليه بالْمُدَّعى نفسِه لا بالدَّعوى؛ لأن إقدامَ الْمُدَّعى عليه على الْمُبايَعة إقرارٌ منه بأن الْمُدَّعى مِلكُ الْمُدَّعي، فلا يُعتبَرُ إنكارُه، بخِلاف الصُّلحِ؛ لأنه لم يُوجَد منه ما يَدُلُّ على أنه أقَرَّ بالْمِلك له؛ إذ الصُّلحُ قد يَقَعُ لدَفعِ الخُصومةِ.

(**وهَلاكُ بدَلِ الصُّلحِ**) وهو العِوَضُ (**قبل التَّسليمِ كاستِحقاقِه**) أي كاستِحقاق بدَلِ الصُّلحِ، فإذا كان كاستِحقاقه يَبطُلُ به الصُّلحُ؛ لأن هَلاكَ البدَلِ في الْمَبيع يُبطِلُ البيعَ، فكذا هذا، فلو هَلَك بعضُه يَكونُ كاستِحقاق بعضِه، حتى يَبطُلُ الصُّلحُ في قَدْره، ويَبقى في الباقِي، كما في الاستِحقاق.

هذا إذا كان البدَلُ مما يَتعيَّنُ بالتَّعيين، وإن كان مما لا يَتعيَّنُ بالتَّعيين،

في الفَصلَين.

كالدَّراهِم والدَّنانيرِ: لا يَبْطُلُ بهَلاكه[1].

(في الفَصلَين) أي في فصلِ الإقرارِ، وفي فَصلِ الإنكارِ والسُّكوتِ[2].

(١) لأنهما لا يتعينان في العقود والفسوخ، فلا يتعلق العقد بهما عند الإشارة إليهما، وإنما يتعلق بمثلهما في الذمة، فلا يتصور فيه الهلاك. «التبيين» ٥/ ٣٤.

(٢) فإذا كان كاستحقاقه يبطل به الصلح؛ لأن هلاك البدل في البيع يبطل البيع فكذا هذا، وهذا في فصل الإقرار ظاهر؛ لأنه بيع حقيقةً على ما مر، وكذا في فصل الإنكار والسكوت؛ لأنه بيع في حق المدعي، فيبطل بهلاكه، فلو هلك بعضه يكون كاستحقاق بعضه، حتى يبطل الصلح في قدره، ويبقى في الباقي، كما في الاستحقاق. «التبيين» ٥/ ٣٤.

فصلٌ [في بيان أقسام الصُّلح]

الصُّلحُ جائِزٌ عن دَعوى المالِ والْمَنفَعةِ ....

هذا (فَصلٌ) في بيان أقسام الصُّلحِ

(الصُّلحُ جائِزٌ عن دَعوى المالِ) لأنه في مَعنى البيعِ في حقِّهما إن وَقَع بمالٍ عن إقرارٍ، وفي حقِّ الْمُدَّعي وحدَه إن وَقَع عن إنكارٍ أو سُكوتٍ، وفي حقِّ الآخَرِ لافتِداءِ اليَمينِ وقَطعِ الخُصومةِ، أو في مَعنى الإجارةِ إن وَقَع عنه بمَنافِعَ، وكلٌّ[1] ذلك جائِزٌ على ما مرّ.

(و) الصُّلحُ جائِزٌ أيضًا عن دَعوى (الْمَنفَعةِ) ويَكونُ بمَعنى الإجارةِ إن وَقَع عنه بمالٍ أو بمَنافِعَ؛ لأن الْمَنافِعَ يَجوزُ أخذُ العِوَضِ عنها بعَقد الإجارةِ، فكذا بعَقد الصُّلحِ.

لكن إنما يَجوزُ الصُّلحُ عن الْمَنافِعِ على الْمَنفَعة إذا كانا مُختلِفي الجِنسِ، بأن يُصالِحَ عن[2] السُّكنى على خِدمة العبدِ، أو زِراعةِ الأرضِ، أو لُبسِ الثِّيابِ، أما إذا اتَّحَد جِنساهما، كما إذا صالَح عن السُّكنى على السُّكنى، أو عن الزِّراعة على الزِّراعة: فلا يَجوزُ[3].

---

(١) في (ج): إذ كل. وانظر «التبيين» ٥/ ٣٤.

(٢) في (ج): على.

(٣) قال في «رد المحتار» ٥/ ٦٣٣ بعد ذكر هذا القول: كما في العيني والزيلعي، قال السيد الحموي: لكن في «الولوالجية» ما يخالفه، حيث قال: وإذا ادعى سكنى دار مصالحة عن سكنى دار أخرى مدةً معلومةً جاز، وإجارة السكنى بالسكنى =

والجِناية، ....

(و) الصُّلحُ جائزٌ أيضًا عن (الجِناية) على النَّفس وما دونها، عَمدًا كان أو خطَأً، وسواءٌ كان عن إقرارٍ أو إنكارٍ أو سُكوتٍ[1]..

أما العَمدُ في النَّفس: فلقَوله تَعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ ...﴾ [البقرة: ١٧٨] الآيةَ، قال ابنُ عبّاسٍ والضَّحّاكُ والحسَنُ: نَزَلت الآيةُ في الصُّلح عن دَم العَمدِ[2].

وأما الخطَأُ في النَّفس: فلأن مُوجَبَه المالُ، والصُّلحُ عن دَعواه جائزٌ، إلا أنه لا تَصِحُّ الزِّيادةُ على قَدْر الدِّيةِ إذا وَقَع الصُّلحُ على أحَد مَقاديرِ الدِّيةِ؛ للرِّبا[3]، كما لا يَجوزُ الصُّلحُ على أكثرَ من الدَّينِ من جِنسه

= لا تجوز، قال: وإنما كان كذلك لأنهما ينعقدان تمليكًا بتمليك. اهـ أبو السعود، ذكره ابن ملك في «شرح النقاية» مخالفًا لما ذكره في «شرحه على المجمع»، قال في «اليعقوبية»: والموافق للكتب ما في «شرح المجمع».

(١) قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في «شرح الكافي»: والصلح من كل جناية فيها قصاص على ما قل من المال أو كثر جائز؛ لأن القصاص مما يحتمل الإسقاط بغير مال، فيحتمله بالمال أيضًا وهو حق يحتمل التقويم بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، كذا قال الإتقاني. شلبي ٥/ ٣٥.

(٢) رواية ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا في البخاري (٤٤٩٨).

(٣) وفي «المغني»: هذا إذا كان الصلح منفردًا، أما إذا كان الصلح منضمًّا بالصلح عن دم الخطأ: يجوز، وإن زاد بدل الصلح على قدر الديتين، كما لو صالح ولي قتيل العمد وولي قتيل الخطأ مَن قتل عمدًا وقتل خطأً على أكثر من الديتين، يجوز ولصاحب الخطأ قدر الدية، وما بقي لصاحب العمد. اهـ وكتب ما نصه: قال شمس الأئمة البيهقي في «الكفاية»: يجوز الصلح من القصاص في نفسه وما دونه على أكثر من =

....

في دَعوى الدَّينِ، بخِلاف الصُّلحِ عن القَوَد؛ حيث تَجوزُ[1] الزِّيادةُ فيه على قَدْر الدِّيةِ، وكذا على الأقلِّ وإن كان أقلَّ من عَشَرة دَراهِمَ؛ لأنه لا مُوجَبَ له في المال.

ولو وَقَع الصُّلحُ على غَير مَقاديرِ الدِّيةِ[2]: جاز كيفما كان؛ لعَدَم الرِّبا، إلا أنه يُشترَطُ القبضُ في الْمَجلِس إذا كان ما وَقَع عليه الصُّلحُ دَينًا في الذِّمّة؛ كيلا يكونَ افتِراقًا عن كالِئٍ بكالِئٍ[3].

ولو قَضى القاضِي بأحَد مَقاديرِ الدِّيةِ، فصالَح على جِنسٍ آخَرَ منها بالزِّيادة: جاز[4].

= الدية، وفي الخطأ لا يجوز على الزيادة؛ لأن الواجب في الصورة الأولى ليس بمال، فجاز كيفما كان، وفي الثانية الواجب يقدر شرعًا، بخلاف القياس، فلا يتجاوز عنه. اهـ. إتقاني. شلبي ٥/ ٣٦.

(١) في (أ): لا يجوز. وانظر «التبيين» ٥/ ٣٦.

(٢) أي عدم صحة الزيادة على قدر الدية فيما إذا صالح عن جناية الخطأ على أحد مقادير الدية، كالإبل والذهب والفضة، أما إذا صالح على غير مقادير الدية كالمكيل والموزون: جاز الصلح على الزيادة؛ لأن عند اختلاف الجنس لا تظهر الزيادة. اهـ إتقاني. شلبي ٥/ ٣٦.

(٣) أي وهو دين الدية بدين بدل الصلح. اهـ شلبي ٥/ ٣٦.

(٤) قال الإتقاني، وهذا الذي قلنا من عدم جواز الزيادة على قدر الدية فيما إذا لم يقض القاضي بذلك، أما إذا قضى القاضي بنوع من مقادير الدية، ثم صالح عن نوع آخر منها بالزيادة، كما إذا قضى القاضي بمائة بعير، فصالح على أكثر من مائتي بقرة، أو ألف دينار: جاز؛ لأن تعين الوجوب في الإبل بالقضاء، وكان البقر بدلًا عنها، فجاز كيفما كان. =

بخِلاف الحَدّ.

ومن نِكاحٍ، ....

(بخِلاف) ما إذا صالَح عن الدَّعوى في (الحَدّ) بأن رُوفِع الزّانِي، أو شارِبُ الخمرِ، أو القاذِفُ، فصالَح هو الْمُرافِعَ حتى يَترُكَ الدَّعوى: لا يَجوزُ الصُّلحُ، فله أن يَرجِعَ بما دَفَع؛ لأن الحُدودَ حقُّ اللهِ تَعالى لا حَقُّ الْمُرافِعِ..

والاعتِياضُ عن حقِّ الغيرِ لا يَجوزُ، كما لو كان لرجلٍ ظُلّةٌ أو كَنيفٌ على طَريق العامّةِ، فخاصَمه رجلٌ على نَقضه، فصالَحه على شيءٍ: كان الصُّلحُ باطِلًا؛ لأن الحقَّ في الطَّريق النّافذِ لجَماعة الْمُسلِمين، فلا يَجوزُ أن يُصالِحَ أحدًا على الانفِراد..

بخِلاف الإمامِ إذا صالَحَ عنه على مالٍ، حيث يَجوزُ؛ لأن له وِلايةً عامّةً، وله أن يَتصرَّفَ في مصالِحهم، ولهذا لو باع شيئًا من بَيت المالِ جازَ بيعُه، وبخِلاف ما إذا كان في طَريقٍ غيرِ نافِذٍ، فصالَحه رجلٌ من أَهل الطَّريقِ؛ حيث يَجوزُ في حقِّه.

(ومن نِكاحٍ) عَطفٌ على قَوله: من دَعوى المالِ، أي والصُّلحُ جائزٌ

= قال أبو العباس الناطفي في آخر كتاب الصلح من «الأجناس» ناقلًا عن «نوادر» ابن سماعة عن محمد: لو صالحه بعد القضاء بمائة من الإبل على ثلاثمائة بقرة وقبض: جاز، وإن كان قبل القضاء: لم يجز، وإن كان بعد القضاء: جاز إذا قبض، ثم نقل في «الأجناس» عن كتاب «الجنايات» للحسن بن زياد: إذا حكم بالإبل ثم صالح على أكثر من مائتي بقرة أو ألفي شاة: لم يجز، إلا أن يكون من غير جنس الدية، فيجوز. اهـ ما قاله الإتقاني. شلبي ٥/٣٦.

والرِّقِّ، وكان عَتقًا على المال.

أيضًا من دَعوى النِّكاحِ، هذا إذا كان الرَّجُلُ هو الْمُدَّعيَ والْمَرأةُ تُنكِرُ؛ لأنه أمكَن اعتِبارُ الصِّحّةِ فيه، بأن يُجعَلَ في حقِّه في مَعنى الخُلعِ..

وإن كانَت هي الْمُدَّعيةَ والزَّوجُ يُنكِرُ ذلك .. ذُكِر في بَعض نُسَخِ «الْمُختصَرِ» للقُدُوريِّ: أنه لا يَجوزُ، وذُكِر في بَعضها: أنه يَجوزُ؛ لأنه يُجعَلُ كأنه زادَها على مَهرِها، ثم خالَعها على أصل الْمَهرِ دون الزِّيادةِ، فسَقَط الْمَهرُ غيرَ[1] الزِّيادة[2].

(و) الصُّلحُ جائِزٌ أيضًا في دَعوى (الرِّقِّ، وكان) الصُّلحُ في حقِّ الْمُدَّعي (عَتقًا على المال) وفي حقِّ الآخَرِ لدَفع الخُصومةِ؛ لأنه أمكَن تَصحيحُه بهذا الاعتِبارِ، فجاز، إلا أنه لا وَلاءَ له عليه؛ لأنه يُنكِرُ العَتقَ، ويَدَّعي أنه حُرُّ الأصلِ، إلا أن يُقيمَ الْمُدَّعي البَيِّنةَ بعد ذلك،

---

(١) في سوى (أ): عن الزيادة.

(٢) قال العلامة الكمال رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «الفتح» ٨/ ٤١٨: قال صاحب «غاية البيان»: وفيه نظر عندي؛ لأنه ضعيف جدًّا؛ لأن الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال، والصلح عن نكاح على مال عبارةٌ عن ترك النكاح بمال، فكيف يكون ذلك زيادةً في المهر! اهـ.
أقول: هذا كلام خالٍ عن التحصيل، فإنَّ كونَ الصلح عن النكاح على مال عبارةٌ عن ترك النكاح بمال لا ينافي كون ذلك زيادةً في المهر، بل يقتضيه؛ لأن ترك النكاح بلا فرقة مما لا يتصور شرعًا، فلا بد أن يُجعل تركُ النكاح بمال فُرقةً ببدل، وهي الخلع، ولما جُعل خُلعًا سقط أصل المهر، فلا بد أن يجعل ما بذله لها زيادةً في المهر، وهذا وجه لا غبار عليه. انتهى.

وإن قَتَل العبدُ الْمَأذونُ له رجلًا عَمدًا: لم يَجُز صُلحُه عن نَفسه.
وإن قَتَل عبدٌ له رجلًا عَمدًا، فصالَحه عنه: جاز.

فتُقبَلُ بَيِّنتُه في حقِّ ثُبوتِ الوَلاءِ عليه لا غيرُ، حتى لا يَكونُ رَقيقًا؛ لأنه جُعِل مُعتَقًا بالصُّلح، فلا يَعودُ رَقيقًا[1].

(**وإن قَتَل العبدُ الْمَأذونُ له رجلًا عَمدًا: لم يَجُز صُلحُه**) أي صُلحُ الْمَأذونِ (**عن نَفسه**) لأنه لا يَجوزُ له أن يتَصرَّفَ إلا فيما هو من بابِ التِّجارةِ، وتَصرُّفُه في نَفسه ليس من التِّجارة، فلا يَنفُذُ في حقِّ الْمَولى إذا كان بعِوَضٍ، ويَصِحُّ بينه وبين وليِّ الْمَقتولِ، حتى لا يَجوزُ له قَتلُه بعد العَفوِ؛ لأنه مُكلَّفٌ، فيَصِحُّ تَصرُّفُه في حقِّ نفسِه، ولا يَجِبُ عليه البدَلُ للحال، ويَتأخَّر إلى ما بعدَ العَتقِ، بخِلاف الْمُكاتَبِ؛ حيث يَجوزُ أن يُصالِحَ عن نَفسه؛ لأنه كالحُرِّ لخُروجه[2] عن يَدِ الْمَولى.

(**وإن قَتَل عبدٌ**[3] **له**) أي للعَبد الْمَأذونِ له (**رجلًا**[4] **عَمدًا، فصالَحه**) الْمَأذونُ له (**عنه**) أي عن عَبده الذي قُتِل (**جاز**) الصُّلحُ؛ لأن تَصرُّفَه في عَبده من باب التِّجارةِ؛ لأن استِخلاصَه كشِرائه.

---

(١) وكذا في كل موضع أقام بينةً بعد الصلح: لا يَستحِقّ المدعَى؛ لأنه بأخذ البدل باختياره نزل بائعًا، وكل موضع وقع فيه الصلح والمدعي كاذب فيه: لا يحل له فيما بينه وبين الله تعالى أخذ العوض عنه، ونظيره المقَرُّ له إذا كان يعرف أن المقِرَّ كاذب، لا يحل له، إلا إذا سلمه إليه بطيبة نفسه، فيكون حينئذٍ هبةً مبتدأةً، فيطيب له. «التبيين» ٥/ ٣٨.

(٢) في (ب) و(ه): بخروجه. وانظر «التبيين» ٥/ ٣٨.

(٣) في (أ): عبدًا له. وانظر «التبيين» ٥/ ٣٨.

(٤) في (ح): رجل.

ولو صالَح عن الْمَغصوبِ الْمُتلَفِ بما زاد على قِيمته، أو على عَرْضٍ: صحَّ.

ولو أَعتَق مُوسِرٌ عبدًا مُشترَكًا، فصالَح الشَّريكَ على أكثرَ من نِصف قِيمتِه: لا.

(**ولو صالَح**) الغاصِبُ (**عن الْمَغصوبِ الْمُتلَفِ**) بأن غَصَب عبدًا مثلًا، فهَلَك عنده، ثم صالَح مَولاه (**بما زاد على قِيمته**) أي قِيمةِ الْمَغصوبِ، بأن كان العبدُ يُساوِي خَمسين، فصالَحه على مائةٍ (**أو**) صالَحه بأكثرَ من قِيمته (**على عَرْضٍ: صحَّ**) الصُّلحُ عند أبي حنيفةَ.

وقالا: لا يَجوزُ على أكثرَ من قِيمته بما لا يَتغابَنُ النّاسُ في مِثله؛ لأن الواجِبَ هو القِيمةُ، وهي مُقدَّرةٌ[1]، فالزِّيادةُ عليها تَكونُ رِبًا.

وله: أن حقَّه في الهالِك باقٍ، وإنما يُنتقَلُ إلى القِيمة بالقَضاء، فإذا تَراضَيا على الأكثَر كان اعتِياضًا، فلا يَكونُ رِبًا.

وأما الصُّلحُ بأكثرَ من قِيمته على العَرْض: فهو جائزٌ بالإجماع؛ لأن الزِّيادةَ لا تَظهَرُ عند اختِلافِ الجِنسِ.

(**ولو أَعتَق مُوسِرٌ عبدًا مُشترَكًا**) بينه وبين آخَرَ (**فصالَح الشَّريكَ على أكثرَ من نِصف قِيمتِه**) أي قِيمةِ العبدِ (**لا**) يَصِحُّ الصُّلحُ بالاتِّفاق، أما عندهما: فظاهِرٌ، والفرقُ لأبي حنيفةَ: أن القِيمةَ في العَتق مَنصوصٌ عليه، وتَقديرُ[2]،

---

(١) في (هـ): مقدرة من النقود.

(٢) في (ج): وبطريق الشرع.

ومَن وَكَّل رجلًا بالصُّلح عنه، فصالَح: لم يَلزَم الوَكيلَ ما صالَح عليه، ما لم يَضمَنه، بل يَلزَمُ الْمُوكِّلَ، ....

الشَّرعِ لا يَكونُ دون تَقديرِ القاضِي، فلا تَجوزُ الزِّيادةُ عليه، بخِلاف ما تَقدَّم؛ لأنها غيرُ مَنصوصٍ عليها.

وإن صالَحه على عَرْضٍ جازَ كيفما كان؛ لما بَيَّنّا أنه لا يَظهَرُ الفَضلُ عند اختِلافِ الجِنسِ.

(ومَن وَكَّل رجلًا بالصُّلح عنه، فصالَح) الوَكيلُ **(لم يَلزَم الوَكيلَ ما صالَح عليه ما لم يَضمَنه)** الوَكيلُ **(بل يَلزَمُ الْمُوكِّلَ)** كالوَكيل في النِّكاح، غيرَ أنه إذا ضَمِن هنا وأدّى عنه: رَجَع على الْمُوكِّل، وفي النِّكاح لا يَرجِعُ.

هذا إذا صالَح عنه عن إنكارٍ أو سُكوتٍ أو إقرارٍ في دمِ عمدٍ، أو فيما لا يُحمَلُ على الْمُعاوَضة، بأن[1] كان عن مالٍ بمالٍ عن إقرارٍ[2]: فإن الوَكيلَ يَلزَمُه ما صالَح عليه، ثم يَرجِعُ به على الْمُوكِّل؛ لأن الوَكيلَ أصيلٌ في الْمُعاوَضة الماليّةِ، فتَرجِعُ الحُقوقُ إليه دون الْمُوكِّلِ، فيُطالَبُ هو بالعِوَض دون الْمُوكِّلِ.

---

(١) في سوى (ج) و(د): فإن.

(٢) تنبيه: هذا مثال لما يحمل على المعاوضة، لا ما لا يحمل عليها، ومثال ما لا يحمل: الصلح على بعض الدين، ودعوى القصاص، وانظر تحقيق هذا الموضع في عبارة «التبيين» ٥/ ٤٠.

وإن صالَح عنه بلا أمرٍ: صحَّ إن ضَمِن المالَ، أو أضاف إلى مالِه، أو قال: على ألفٍ، وسَلَّم، وإلا يُوقَفُ، فإن أجازه الْمُدَّعى عليه: جاز، وإلا بَطَل.

(**وإن صالَح**) رجلٌ (**عنه**) أي عن رجلٍ آخَرَ (**بلا أمرٍ**) منه (**صحَّ**) الصُّلحُ (**إن ضَمِن**) الْمُصالِحُ (**المالَ**) لأن الحاصِلَ للمُدَّعى عليه ليس إلا البَراءةُ، وفي حقِّها الأجنَبيُّ والْمُدَّعى عليه سواءٌ، فصَلَح أصيلًا فيه إذا ضَمِنه، كالفُضوليِّ بالخُلع إذا ضَمِن البدَلَ، ويَكونُ مُتبرِّعًا على الْمُدَّعى عليه، كما لو تَبرَّع بقَضاء الدَّينِ..

(**أو أَضاف**) الْمُصالِحُ الصُّلحَ (**إلى مالِه**) أي إلى مالِ نفسِه، بأن قال: صالَحتُك على ألفِي هذه، أو على عَبدي هذا: جاز أيضًا؛ لأن الإضافةَ إلى نَفسه التِزامٌ منه للتَّسليم إلى الْمُدَّعي، وهو قادِرٌ على ذلك، فيَجِبُ عليه تَسليمُه..

(**أو قال**) الْمُصالِحُ: صالَحتُك (**على ألفٍ**) ولم يَضمَن، ولم يُضِفه إلى نَفسه (**وسَلَّم**) الألفَ إلى الْمُدَّعي: جاز أيضًا؛ لأن التَّسليمَ إليه يُوجِبُ سَلامةَ العِوَضِ له، فيَتِمُّ العَقدُ؛ لحُصول مَقصودِه..

(**وإلا**) أي وإن لم يُسلِّم الألفَ إلى الْمُدَّعي، بل قال: صالَحتُك على ألفٍ، ولم يَضمَن، ولم يُضِفه إلى نَفسه (**يُوقَفُ**) العَقدُ (**فإن أَجازه الْمُدَّعى عليه: جاز**) ولَزِمه الألفُ (**وإلا**) أي وإن لم يُجِزه (**بَطَل**) الصُّلحُ؛ لأن الأصلَ في العَقد إنما هو الْمُدَّعى عليه؛ لأن دَفعَ الخُصومةِ حاصِلٌ له،

....

إلا أن الفُضوليَّ يَصيرُ أصلًا بواسِطة إضافةِ الضَّمانِ إلى نَفسه، فإذا لم يُضِفه بَقِي عاقِدًا من جِهة الْمَطلوبِ، فيَتوقَّف على إجازته.

﴿ باب الصُّلحِ في الدَّين ﴾

الصُّلحُ عما استُحِقَّ بعَقد الْمُدايَنةِ: أخذٌ لبَعض حقِّه، وإسقاطٌ للباقِي، لا مُعاوَضةٌ.

هذا (باب) في بَيان أحكامِ (الصُّلحِ في الدَّين)

وهو الذي يَثبُتُ في الذِّمّة.

(**الصُّلحُ عما استُحِقَّ بعَقد الْمُدايَنةِ**) مِثلُ البيعِ نَسيئةً، ومِثلُ الإقراضِ (**أخذٌ لبَعض حقِّه، وإسقاطٌ للباقِي**) صُورتُه: رجلٌ له على آخَرَ ألفُ دِرهَمٍ، فصالَحه عنها على خَمسِمائةٍ: جاز، ويُجعَلُ مُستوفِيًا لنِصف حقِّه، ومُبرِّئًا له عن النِّصف الآخَرِ (**لا مُعاوَضةٌ**) لأنه يَكونُ رِبًا، وتَصحيحُ تَصرُّفِ المسلمِ واجِبٌ ما أمكَن، وقد أمكَن بما ذكَرْناه.

قال الشّارحُ: قولُه: (عما استُحِقَّ) هذا سَهوٌ، لأنه إذا صالَح عن الدَّين لا يَكونُ جميعُ صُوَرِه استيفاءً لبَعض حقِّه وإسقاطًا للباقِي، وإنما يَكونُ كذلك أن لو وَقَع الصُّلحُ عن بعضٍ على بَعض الدَّينِ، والصَّوابُ أن يُقالَ: الصُّلحُ على ما استُحِقَّ بعَقد الْمُدايَنةِ، كما وَقَع في القُدُوريِّ[1].

قلت: والذي ذَكَره صَوابٌ، وليس بسَهوٍ؛ لأن تَقديرَ الكَلامِ: الصُّلحُ

(١) حيث قال رَحِمَهُ اللَّهُ في «الكتاب» ص١٢٢: وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستَحَقٌّ بعقد المداينة لم يُحمل على المعاوضة.

فلو صالَح عن ألفٍ على نِصفه، أو على ألفٍ مُؤجَّلٍ: جاز.
ولو على دَنانيرَ مُؤجَّلةٍ، أو عن ألفٍ مُؤجَّلٍ، أو سُودٍ على نِصفِ حالٍّ،

على شيءٍ كائنٍ عما استُحِقَّ بعَقد الْمُدايَنةِ، ولا وجهَ لنِسبته إلى السَّهو عند صِحّةِ التَّأويلِ، ولا سِيَّما هو طالِبُ الاختِصارَ جِدًّا.

ثم أَشار إلى تَوضيح هذا الكَلامِ والتَّفريعِ عليه بالفاء بقَوله:

(فلو صالَح) الْمَديونُ دائِنَه (عن ألفٍ) في ذِمّته (على نِصفه) وهو خَمسُمائةٍ (أو) صالَح عن ألفٍ حالّةٍ (على ألفٍ مُؤجَّلٍ: جاز) الصُّلحُ في الوَجهَين..

أما في الأوَّل: فلأنه يُجعَلُ مُستوفِيًا لنِصف حقِّه، ومُسقِطًا للنِّصف، كما ذَكَرنا.

وأما في الثّاني: فكأنه أَجَّل نفسَ الحقِّ[1]، ولا يُحمَلُ هذا على الْمُعاوَضة؛ تَحرُّزًا عن الرِّبا؛ لأن بيعَ النَّقدِ بمِثله[2] نَسيئةً لا يَجوزُ، إلا في قولٍ للشّافعيِّ يَجوزُ.

(ولو) صالَح عن ألف دِرهَمٍ (على دَنانيرَ مُؤجَّلةٍ، أو) صالَح (عن ألفٍ مُؤجَّلٍ) على خَمسِمائةٍ حالّةٍ (أو) صالَح عن ألفٍ (سُودٍ) على خَمسِمائةٍ بِيضٍ، وهو مَعنى قولِه: (على نِصفِ حالٍّ) وهو يَرجِعُ إلى قَوله: عن ألفٍ مُؤجَّلٍ، أي على خَمسِمائةٍ حالّةٍ، كما ذَكَرنا، وقولُه:

(١) في (د): نصف الحق.
(٢) في الأصول سوى (ح): بمثلها.

أو بِيضٍ: لا.

(أو بِيضٍ) يَرجِعُ إلى قَوله: أو سُودٍ، والتَّقديرُ: وعلى نِصفِ بِيضٍ، وهو بكَسر الباءِ، جمعُ بَيضاءَ، كعِيسٍ جَمعِ عَيساءَ..

(لا) يَجوزُ الصُّلحُ في الوُجوه الثَّلاثةِ؛ لأن مَن له الدَّراهِمُ لا يَستحِقُّ الدَّنانيرَ، ومَن له دَينٌ مُؤجَّلٌ لا يَستحِقُّ الحالَّ، ومَن له دَراهِمُ سُودٌ لا يَستحِقُّ البِيضَ؛ لأنها أجوَدُ، فيَكونُ أخذُها بطَريق الْمُعاوَضةِ لا بطَريق الاستيفاءِ..

وشرطُ صِحّةِ الْمُعاوَضةِ في الجِنس الْمتَّحِدِ القَدْرِ: الْمُساواةُ[1]، ولم تُوجَد، فلهذا بَطَل الصُّلحُ، حتى لو صالَحه على ألفٍ حالّةٍ عن الألفِ المؤجَّلةِ، أو صالَحه على ألفٍ بِيضٍ عن الألف السُّودِ: جاز بشَرط قبضِه في الْمَجلِس؛ لوُجود الْمُساواةِ في القَدْر، وهو الْمُعتبَرُ في الصَّرف دون الْمُساواةِ في الصِّفة.

ولو كان عليه ألفُ دِرهَمٍ، فصالَحه على طَعامٍ مَوصوفٍ في الذِّمّة مُؤجَّلٍ: لم يَجُز؛ لأنه يَكونُ افتِراقًا عن دَينٍ بدَينٍ، فلا يَجوزُ.

ولو كان عليه ألفُ دِرهَمٍ ومائةُ دِينارٍ، فصالَحه على مائةِ دِرهَمٍ: جاز، سواءٌ كانَت حالّةً أو مُؤجَّلةً[2]؛ لأنه يُجعَلُ إسقاطًا للدَّنانيرِ كلِّها،

---

(١) في (هـ): القدر والمساواة. وانظر «التبيين» ٥/ ٤٢.

(٢) قال في «الهداية»: ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار، فصالحه على مائة درهم حالّة أو إلى شهر: صح الصلح، قال الإتقاني: ذكره تفريعًا على مسألة القدوري، وذلك؛ لأن المائة لما كانت مستحقة بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة، =

وَمَن له على آخَرَ أَلفٌ، فقال: أدِّ غدًا نِصفَه، على أنك بَريءٌ من الفَضل، ففَعَل: ....

وللدَّراهِمِ إلا مائةً، وتَأجيلًا للمِائة التي بَقِيت، فلا يُحمَلُ على الْمُعاوَضة؛ لأن فيه فَسادًا[1].

(ومَن له على آخَرَ أَلف) دِرهَمٍ (فقال) أي صاحِبُ الألفِ لمن عليه الألفُ (أدِّ غدًا نِصفَه) أي نِصفَ الألفِ، وهو خَمسُمائةٍ (على أنك بَريءٌ من الفَضل) وهو الخَمسُمائةِ الباقِيةِ (ففَعَل) مَن عليه الألفُ ذلك،

= فحمل على أنه أسقط حقه في الدنانير أصلًا، وأسقط حقه في الدراهم إلا مائة، وإذا كان كذلك جاز التأجيل في المائة؛ لأنها ليست بعِوض، بل هي نفس ما كانت في الذمة، قال في «شرح الكافي»: وإن كان لرجل على رجل مائة درهم ومائة دينار، فصالحه من ذلك على خمسين درهمًا وعشَرةِ دنانير إلى شهر: جاز؛ لأنه حط بعض حقه قدرًا وبعضَه وصفًا، وقد ذكرنا أن الحط لا يقف على استيفاء ما بقي، وكذلك لو صالح من ذلك على خمسين درهمًا إلى أجلٍ أو حالٍّ؛ لأنه حط أحد حقيه أصلًا والآخر بعض حقه.
والأصل في جنس هذه المسائل أن ما دار بين أن يكون استيفاء وصرفا يجعل استيفاء؛ لأنه دون الصرف؛ لأن الصرف عقد مبتدأ له أحكام مبتدأة، والاستيفاء متمم لما يقتضيه العقد، فكان حمل التصرف عند التردد عليه أولى. اهـ شلبي ٥/ ٤٢.

(١) ولأن جهة الإسقاط أرجح؛ لأن الصلح مبني على الإغماض؛ ولهذا جاز عن المجهول. والأصل في جنس هذه المسائل: أنه متى كان الذي وقع عليه الصلح أدون من حقه قدرًا ووصفًا ووقتًا أو في أحد هذه الأشياء: فهو إسقاط للبعض واستيفاء للباقي؛ لأنه استوفى دون حقه، وإن كان أزيد منه.. بمعنى أنه دخل فيه ما لا يستحقه من وصف، أو ما هو بمعنى الوصف، كتعجيل المؤجل، ومِن اختلاف جنس: فهو معاوضة؛ لتعذر جعله استيفاءً في غير المستحَق، فيُشترط فيه شروط المعاوضة. «التبيين» ٥/ ٤٢.

بَرِئ، وإلا لا.

بأن أدّى إليه في الغَد خمسَمائةٍ (بَرِئ) عن الفَضل بالاتِّفاق؛ لأن الإبراءَ يَحتمِلُ التَّقييدَ بالشَّرط، وإن لم يَحتمِل التَّعليقَ به، وكلِمةُ (على) جُعِلت شَرطًا تَصحيحًا لتَصرُّفه، وإن كانَت تُستَعمَلُ للمُعاوَضة.

(وإلا) أي وإن لم يُؤدِّ غدًا[1] النِّصفَ، وهو خَمسُمائةٍ (لا) يَبرأُ عندهما، وقال أبو يوسف: يَبرأُ وإن لم يُؤَدِّ، ولا تَعودُ إليه الخَمسُمائةِ السّاقِطةُ أبدًا؛ لأن اشتِراطَ الأداءِ ضائِعٌ؛ لأن النَّقدَ واجِبٌ عليه في كلِّ زَمانٍ يُطالِبُه هو فيه؛ إذ المالُ حالٌّ عليه، فبَطَل التَّعليقُ، فصار إبراءً مُطلَقًا.

ولهما: أنه عَلَّق الإبراءَ بشَرطٍ، ولم يُوجَد، وعند بعضِ الشّافعيّةِ والحَنابِلةِ: لم يَصِحَّ هذا الصُّلحُ.

وهذه المَسألةُ على خَمسة وُجوهٍ:

الأوَّلُ: ما ذَكَرنا.

والثّاني: أن يُصرِّحَ بالتَّقييد، بأن يَقولَ: صالَحتُك عن الألف على خَمسِمائةٍ تَدفَعُها إليَّ غدًا، وأنت بَريءٌ من الزِّيادة، على أنك إن لم تَدفَعها إليَّ غدًا فلا تَبرأُ من الباقِي.. فيَكونُ الأمرُ كما قال.

والثّالِثُ: إذا قال: أبرَأتُك من خَمسِمائةٍ من الألف على أن تُعطِيَني خَمسَمِائةٍ غدًا: فحُكمُه أنه يَبرأُ مُطلَقًا، أدّى خمسَمِائةٍ في الغَد أو لم يُؤدِّ.

---

(١) في (أ): عند النصف، (ج) و(د): هذا النصف.

ومَن قال لآخَرَ: لا أُقِرُّ لك بما لَكَ حتى تُؤَخِّرَه عنِّي، أو تَحُطَّ، ففعَل: صحَّ عليه.

والرّابعُ: أن يقولَ: أدِّ إليَّ خَمسَمائةٍ على أنك بَريءٌ من باقِيه، ولم يُوقِّت للأداء وقتًا: فحُكمُه أنه يَبرأُ مُطلَقًا؛ لأنه إبراءٌ مُطلَقٌ.

والخامِسُ: إذا قال: إن أدَّيتَ إليَّ خَمسَمائةٍ، أو إذا أدَّيتَ، أو متى أدَّيتَ: فحُكمُه أنه لا يَصِحُّ؛ لأنه تَعليقٌ بالشَّرط صَريحًا، والبَراءةُ لا تَحتمِلُ التَّعليقَ بالشَّرط؛ لما فيها من مَعنى التَّمليكِ.

(**ومَن قال لآخَرَ: لا أُقِرُّ لك بما لَكَ حتى تُؤَخِّرَه**) أي ما لَكَ (**عنِّي**) يَعني: تُؤجِّلَه (**أو تَحُطَّ**) يَعني: بعضَه (**ففعَل**) الدّائنُ ذلك، إمّا أن أخَّره، أو حطَّ عنه بعضَه (**صحَّ**) هذا الفِعلُ (**عليه**) أي على الدّائن، يَعني: إن أخَّره يَتأخَّرُ، وإن حَطَّ عنه بعضَه يَنحَطُّ؛ لأن الْمَديونَ ليس بمُنكِرٍ، فصار نَظيرَ الصُّلحِ مع الإنكارِ[1]، وعند الثَّلاثةِ: لا يَصِحُّ.

(١) لأن كل واحد منهما لا ينافي الطوع والاختيار في تصرفه، أقصى ما في الباب أنه مضطر، لكن الاضطرار لا يمنع من نفوذ تصرفه، كبيع ما له بالطعام عند المخمصة. «التبيين» ٥/ ٤٥.

﴿ فصلٌ في التَّخارُج وغيره ﴾

دَينٌ بينَهما، صالَح أحَدُهما عن نَصيبه على ثَوبٍ: فلشَريكه أن يَتْبَعَ الْمَديونَ بِنصفه، أو يَأخُذَ نِصفَ الثَّوبِ من شَريكه، إلا أن يَضمَنَ رُبُعَ الدَّينِ.

هذا (فصلٌ) في بيان التَّخارُج وغيره[1]

(دَينٌ) مُشتَرَكٌ (بينَهما) أي بين اثنَين شَريكَين، والدَّينُ الْمُشتَرَكُ: أن يَكونَ واجِبًا بسبَبٍ مُتَّحِدٍ، كثَمَن الْمَبيعِ، وقِيمةِ العَينِ الْمُشتَرَكةِ الْمُستهلَكةِ، وبدَلِ القَرضِ من المال الْمُشتَرَكِ بينهما، والْموروثِ بين اثنَين (صالَح أحَدُهما) الْمَديونَ (عن نَصيبه) من الدَّين (على ثَوبٍ)..

(فلشَريكه[2]) الخِيارُ، إن شاء (أن يَتْبَعَ الْمَديونَ بِنصفه) أي بِنصف الدَّينِ؛ لبَقاء حِصَتِه في ذِمّته (أو يَأخُذَ نِصفَ الثَّوبِ من شَريكه) لأن له حقَّ الْمُشارَكةِ؛ لأنه عِوَضٌ عن دَينه (إلا أن يَضمَنَ) الْمُصالِحُ (رُبُعَ الدَّينِ) لأن حقَّه في الدَّين

(١) قال الشلبي ٥/ ٤٥: هذا الفصل في الدين المشترك، قال الإتقاني: لما ذكر مطلق الدين شرع في الدين المشترك؛ لأن الاشتراك عارض، والأصل عدم العارض. اهـ وقال بعض الشارحين: لما ذكر حكم الدين المفرد شرع في الدين المشترك؛ لأن الاثنين بعد الواحد. اهـ

ولعل هذه التسمية عند المصنف في غير موضعها، إذ التخارج سيأتي آخر هذا الفصل، وقد قال الشلبي ٥/ ٤٩ عند ذكر مسائله ثمة: في «الهداية» عقد لهذا فصلًا فقال: فصل في التخارج، قال الإتقاني: معنى التخارج أن يصالح بعض الورثة من نصيبه على شيء فيخرج من البين، وإنما أخر هذا الفصل لقلة وقوعه؛ لأن كل أحد لا يرضى بأن يخرج من البين بشيء يأخذه؛ لأن الظاهر أن الذي يأخذه دون نصيبه. اهـ

(٢) في (أ): لشريكه.

ولو قَبَض نَصيبَه: شَرِكه فيه، ورَجَعا بالباقِي على الغَريم.

لا في الثَّوب[1].

ولا فرقَ فيه بين الصُّلحِ عن إقرارٍ أو عن سُكوتٍ أو عن إنكارٍ.

ثم ههنا قَيدان: الأوَّلُ: أن يَكونَ الْمُصالَحُ عنه دَينًا؛ لأنه لو كان الصُّلحُ عن عَينٍ مُشترَكةٍ: يَختصُّ الْمُصالِحُ ببدَلِ الصُّلحِ، وليس لشَريكه أن يُشارِكَه فيه؛ لكَونه مُعاوَضةً من كلِّ وجهٍ؛ لأن الْمُصالَحَ عنه مالٌ حَقيقةً، بخِلاف الدَّينِ.

والثَّاني: أن يَكونَ الْمُصالَحُ عليه ثَوبًا، والْمُرادُ خِلافُ جِنسِ الدَّينِ؛ لأنه لو صالَحه على جِنسه يُشارِكُه فيه، أو يَرجِعُ على الْمَدين، وليس للقابِض فيه خِيارٌ؛ لأنه بمَنزِلة قبضِ بعضِ الدَّينِ.

(ولو قَبَض) أحدُ الشَّريكَين (نَصيبَه) من الدَّين (شَرِكه) الآخَرُ (فيه) أي في الدَّين الذي قَبَضه (ورَجَعا) أي الشَّريكان (بالباقِي) من الدَّين (على الغَريم) وهو الْمَديونُ؛ لأن قِسمةَ الدَّينِ لا تُتصوَّرُ، والْمَقبوضُ بدَلٌ عنه، فله أن

(1) لأن أحد الشريكين لا يختص بالمقبوض من الدين؛ إذ لا تجوز قسمته قبل القبض، والمقبوض خير من الدين، فقضيته أن يضمنه ربع الدين، ولا يكون له سبيل على الثوب، كما في فصل الشراء؛ لأنه أخذ عوضه، لكن الصلح مبني على الحط، فلو ألزمناه ربع الدين لتضرر المصالح؛ لأنه قد لا يبلغ قيمة الثوب كله ربع الدين، فأثبتنا له الخيار بين أن يرجع على المدين بنصيبه وبين أن يأخذ نصف ما وقع عليه الصلح، وإذا رجع على المصالح أثبتنا للمصالح الخيار أيضًا بين أن يدفع نصف ما وقع عليه الصلح، أو ربع الدين؛ دفعًا للضرر عنهما بقدر الإمكان. «التبيين» ٥/ ٤٥.

ولو اشتَرى بنَصيبه شيئًا: ضَمَّنه رُبُعَ الدَّينِ.

يُشارِكَه فيه إن شاء؛ لأنه عَينُ حقِّه من وجهٍ، وإن شاءَ رَجَع على الغَريم؛ لأن حقَّه عليه في الحَقيقة.

وإنما كان له أن يُشارِكَه في فَصل الثَّوبِ في فَصل الصُّلحِ؛ كيلا يَلزَمَ الْمُصالِحَ الضَّرَرُ، وههنا انتَفى الضَّرَرُ، فيَرجِعُ برُبُع الدَّينِ، ثم يَرجِعان على الغَريم؛ لاستِوائِهما في الاقتِضاء.

ولو سَلَّم له الْمَقبوضَ، واختارَ مُتابَعةَ الغَريمِ، ثم تَوِي نَصيبُه، بأن مات الغَريمُ مُفلِسًا: رَجَع على القابِض بنِصف ما قَبَض؛ لأن التَّسليمَ مُقيَّدٌ بشَرط سَلامةِ الباقِي له، فإذا لم يَسلَم له رَجَع عليه، كما في الحَوالة.

(ولو اشتَرى) أحدُ الشَّريكَين مِن الذي عليه[1] الدَّينُ (بنَصيبه) من الدَّين (شيئًا: ضَمَّنه) شَريكُه الآخَرُ (رُبُعَ الدَّينِ) إن شاء؛ لأنه صار قابِضًا حقَّه بالْمُقاصَّة، ولا ضَرَرَ عليه[2]؛ لأن مَبنى البيعِ على الْمُماكَسة[3]، بخِلاف الصُّلحِ[4]، لأن مَبناه على الإغماض والحَطيطةِ، فلو ألزَمناه

(١) في (ب): من المدعى عليه.

(٢) أي على الشريك المشتري في ضمان ربع الدين. شلبي ٥/ ٤٦.

(٣) المماكسة: مفاعلة من الْمَكْس، من حد ضرب، وهو: استنقاص الثمن. «طلبة الطلبة» ص١٤٥.

(٤) يعني أن أحد الشريكين في الدين إذا اشترى بنصيبه سلعةً ليس له الخيار، بل يضمن ربع الدين، بخلاف ما إذا صالح عن نصيبه على سلعة كالثوب مثلًا، حيث يكون المصالح بالخيار، إن شاء دفع إليه نصف الثوب، وإن شاء دفع إليه ربع الدين، وعند زفر: يلزمه أن يؤدي إليه ربع الدين بلا خيار، كما لو اشترى؛ لأنه صار به =

وبَطَل صُلحُ أحدِ رَبَّي سَلَمٍ من نَصيبه على ما دَفَع.

وإن أَخرَجت الوَرَثةُ أحَدَهم عن عَرْضٍ أو عَقارٍ بمالٍ، أو عن ذَهَبٍ بفِضّةٍ، أو بالعَكس: ....

دفْعَ رُبُعِ الدَّين[1] يَتضرَّرُ به، فيَتخَيَّرُ القابِضُ، ولا سَبيلَ للشَّريك على الثَّوب في البَيع؛ لأنه مَلَكه بعَقده، وللشَّريك أن يَتبَعَ الغَريمَ، وإن اتَّفَقا على الشِّرْكة في الثَّوب جاز.

(وبَطَل صُلحُ أحدِ رَبَّي سَلَمٍ) أي أحدِ الشَّريكَين في سَلَمٍ (من نَصيبه على ما دَفَع) من رَأس المالِ عندهما؛ لأنه يَستلزِمُ جَوازَ قِسمةِ الدَّينِ في الذِّمّة، وإنه لا يَجوزُ، وقال أبو يوسف: يَجوزُ؛ لأنه دَينٌ مُشترَكٌ، فإذا صالَح أحَدُهما على حِصّته جاز[2]، كسائِر الدُّيونِ.

وقَيَّد بقَوله: (على ما دَفَع): لأنه لو كان على غَيره لا يَجوزُ بالإجماع؛ لما فيه من الاستِبدالِ بالمُسلَم فيه.

(وإن أَخرَجت الوَرَثةُ أحَدَهم عن عَرْضٍ) هي التَّركةُ (أو) أخرَجوه عن (عَقارٍ) هي التَّرِكةُ (بمالٍ) أعطَوه له (أو) أخرَجوه (عن ذَهَبٍ) هو التَّرِكةُ (بفِضّةٍ) دَفَعوها إليه (أو) الحُكمُ (بالعَكس) بأن كانَت التَّرِكةُ فِضّةً،

= قابضًا، ونحن نفرق بينهما، وجه الفرق: أن مبنى الصلح على الحطيطة والتجوز بدون الحق، وما صار إليه إلا لضرورة داعية، فإذا ألزمناه رد حصةِ الساكت يلزم الضرر، بخلاف الشراء؛ لأن مبناه على المماكسة دون التجوز، فلا يلزم الضرر في إلزام رد الحصة. اهـ إتقاني. شلبي ٥/٤٦.

(١) في سوى (أ): ربع الثوب. وانظر «الهداية» ٣/١٩٧.

(٢) لأنه تصرف في خالص حقه.

صحَّ، قلَّ أو كَثُر.

وعن نَقدَين وغيرِهما: لا، ما لم يكن الْمُعطى أكثرَ من حَظِّه منه.

ولو في التَّرِكة دَينٌ على النّاس، فأخرَجوه ليَكونَ الدَّينُ لهم: بَطَل،

فأخرَجوا أحَدَهم بذَهَبٍ دَفَعوه إليه (صحَّ) هذا الصُّلحُ في الوُجوه كلِّها (قلَّ) ما أعطَوه له (أو كَثُر) لأنه بيعٌ مَعنًى، ولكن في الوَجه الثّاني والثّالثِ يُعتبَرُ التَّقابُضُ في الْمَجلِس؛ تَحرُّزًا عن الرِّبا.

(و) لو أخرَجوه (عن نَقدَين) وهما الذَّهَبُ والفِضّةُ (وغيرِهما) أي غيرِ النَّقدَين، مِثلِ العَقارِ والعُروضِ، أرادَ أن التَّرِكةَ كانَت مُشتمِلةً على هذه الأجناسِ، فأخرَجوه بأحَد النَّقدَين، يَعني: دَفَعوا إليه إمّا فِضّةً أو ذَهَبًا (لا) يَصِحُّ الصُّلحُ (ما لم يكن الْمُعطَى) بفَتح الطّاءِ، أي الذي أعطَوه (أكثرَ من حَظِّه) أي من نَصيبِه (منه) أي من ذلك النَّقدِ الذي دَفَعوه إليه؛ ليكونَ نَصيبُه بمِثلِه، والزِّيادةُ في مُقابَلة حقِّه من بَقِيّة التَّرِكةِ؛ تَحرُّزًا عن الرِّبا.

لا بُدَّ من التَّقابُض في الْمَجلِس فيما يُقابِلُ نَصيبَه من الذَّهَب؛ لأنه صَرفٌ في هذا القَدْر، ولو كان ما أعطَوه عَرْضًا جازَ مُطلَقًا؛ لعَدَم الرِّبا.

(ولو) كان (في التَّرِكة دَينٌ على النّاس، فأخرَجوه) أي أخرَجت الوَرَثةُ أحَدَهم (ليَكونَ الدَّينُ لهم: بَطَل) هذا الصُّلحُ؛ لأن في ذلك تَمليكَ الدَّينِ الذي هو حِصّةُ الْمُصالِحِ من غَيره، وتَمليكُه من غَير مَن عليه الدَّينُ لا يَجوزُ، وسواءٌ في ذلك بُيِّن حِصّةُ الدَّينِ أو لم يُبيَّن عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، ويَنبَغي أن يَجوزَ عندهما في غَير الدَّينِ إذا بُيِّن حِصّتُه.

وإن شَرَطوا أن يَبرأَ الغُرَماءُ منه: صحَّ.

ولو على الميْتِ دَينٌ مُحيطٌ: بَطَل الصُّلحُ والقِسمةُ.

وأصلُ الخِلافِ: فيما إذا جَمَع بين حُرٍّ وعبدٍ، أو شاةٍ ذكِيّةٍ ومَيْتةٍ، وباعَهما في صَفْقةٍ واحِدةٍ، وبيَّن حِصّةَ كلٍّ واحدٍ منهما من الثَّمَن: بَطَل في الكلِّ عنده، وعندهما: صحَّ في العَبد والذَّكِيّةِ.

(**وإن شَرَطوا**) أي الوَرَثةُ (**أن يَبرأَ الغُرَماءُ منه**) أي من الدَّين الذي هو نَصيبُ الْمُصالِحِ، ولا يَرجِعَ عليهم بنَصيبه (**صحَّ**) الصُّلحُ؛ لأنه إسقاطٌ أو تَمليكٌ للدَّين ممن عليه الدَّينُ.

(**ولو**) كان (**على الميْتِ دَينٌ مُحيطٌ**) أي مُستغرِقٌ بالتَّركة (**بَطَل الصُّلحُ والقِسمةُ**) لأن الوَرَثةَ لا يَملِكون التَّرِكةَ في هذه الحالةِ، وإن لم يكن مُستغرَقًا بالدَّين لا يَنبَغي لهم أن يَقسِموه أو يُصالِحوا عنه ما لم يَقضوا[1] دَينَه، وإن فَعَلوا ذلك جاز[2].

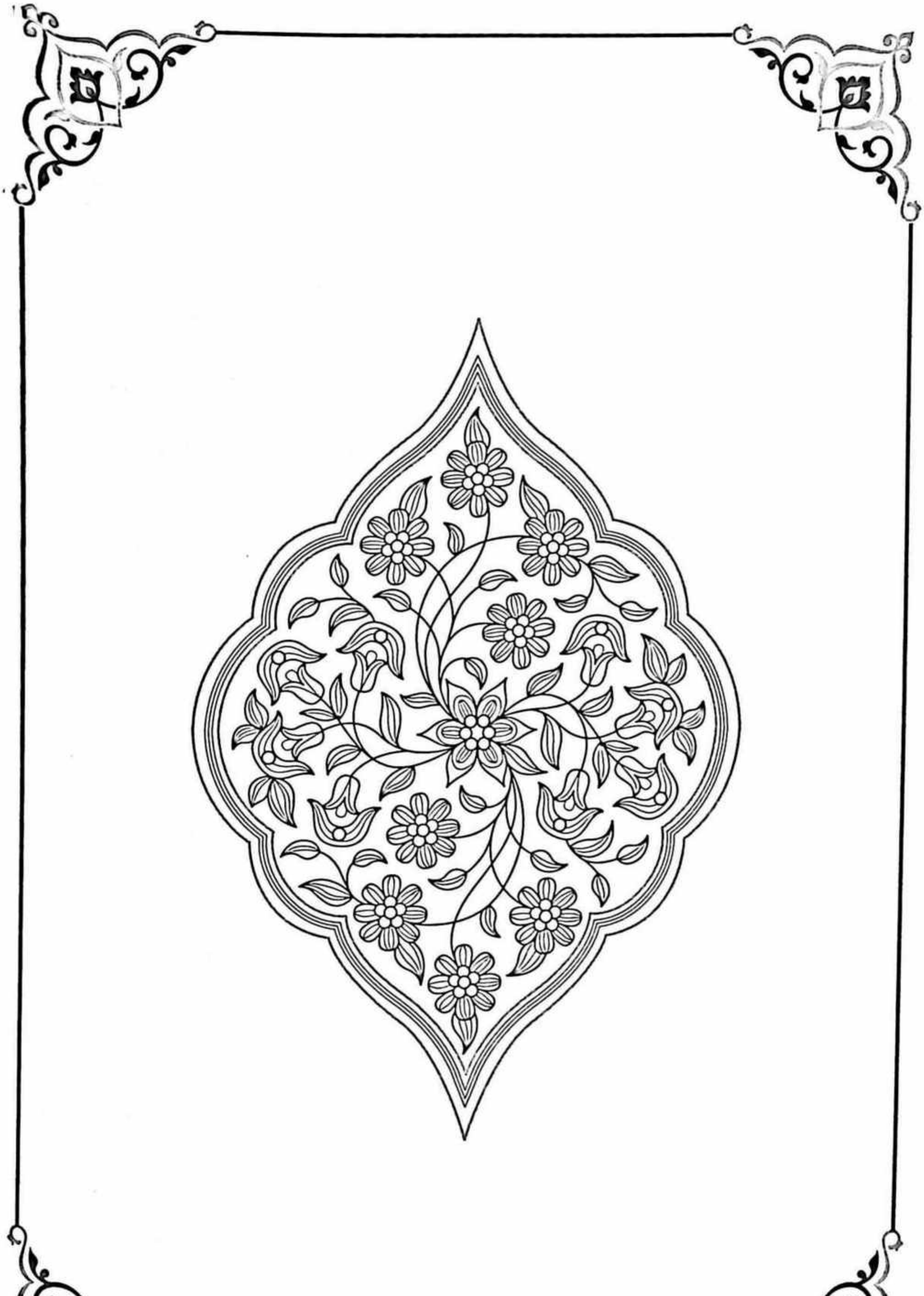
وذَكَر الكَرْخيُّ في القِسمة أنها لا تَجوزُ استِحسانًا، وتَجوزُ قِياسًا.

---

(١) في سوى (أ) و(ب): يقبضوا.

(٢) أي استحسانًا، والقياس أن لا يجوز؛ لأن كل جزء من أجزاء التركة مشغول بالدين؛ لعدم الأولوية بالصرف إلى جزء دون جزء، فصار كالمستغرِق، فيمنع من دخوله في ملك الورثة.
وجه الاستحسان: أن الإنسان لا يخلو عن دين قليل، فلو مَنَع غيرُ المستغرِق منه تملُّكَ الوارث أدى إلى الحرج، أو إلى أن لا يملكوا أصلًا، فقلنا بأنهم يملكونه دفعًا للضرر عنهم، إلا أنهم يرفعون من التركة قدر الدين، ويُترك حتى يُقضى به الدين، كي لا يحتاجوا إلى نقض القسمة. «التبيين» ٥/ ٥٢.

كِتَابُ المُضَارَبَةِ



كِتاب الْمُضارَبةِ

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (الْمُضارَبةِ)

هي: مُفاعَلةٌ، من الضَّرب في الأرض، وهو السَّيرُ فيها، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ﴾ [المزمل: ٢٠] يَعني: الذين يُسافِرونَ في التِّجارة.

وسُمِّي هذا العَقدُ بها: لأن الْمُضارِبَ يَسيرُ في الأرض غالِبًا لطَلَب الرِّبحِ، وأهلُ الحِجازِ يُسَمُّون هذا العَقدَ مُقارَضةً[1] وقِراضًا[2] من القَرض؛ لأن صاحِبَ المالِ يَقطَعُ قَدْرًا من ماله ويُسلِّمُه للعامِلِ[3]،

---

(١) في (ب) و(د): معارضة، وفي (هـ): معاوضة.

(٢) في (أ): وإقراضًا.

(٣) قال القرافي في «الذخيرة» ٦/ ٢٣ أولَ كتاب القراض: له اسمان: القراض والمضاربة، أما لفظ القراض: فقال صاحب «العين»: أقرضتُ الرجل.. إذا أعطيتَه ليعطيك، فالمقارِضُ يُعطي الربح كما يُعطِي المقترض مثل المأخوذ، وقال غيره: هو من المقارضة، وهي المساواة، ومنه: تقارض الشاعران، إذا استويا في الإنشاد؛ لأنهما يستويان في الانتفاع بالربح، وقيل: من القرض الذي هو القطع، ومنه: قرض الفأر الثوب؛ لأنك قطعت من مالِك له قطعةً، وهو قطع لك جزءًا من الربح الحاصل بسعيه.
يسمى مقارِضًا، مع أن المفاعل لا يكون إلا من المفاعلة التي لا تكون إلا من اثنين، نحو المخاصمة والمضاربة، إما لأن كليهما يساوي صاحبه في الربح ويقطع له =

هي: شِرْكَةٌ بمالٍ من جانِبٍ، وعمَلٍ من جانِبٍ.
والْمُضارِبُ: أمينٌ، وبالتَّصرُّف، وَكيلٌ، ....

وأصحابُنا اختارُوا لَفظةَ الْمُضارَبةِ لكَونها مُوافِقةً للنَّصّ.

وفي الشرَّع: (هي) أي الْمُضارَبةُ (شِرْكةٌ بمالٍ من جانِبٍ) وهو جانِبُ ربِّ المالِ (وعمَلٍ من جانِبٍ) وهو جانِبُ الْمُضارِبِ.

والْمُرادُ من الشِّرْكة الشَّرْكةُ في الرِّبح، حتى لو شَرَطا فيها الرِّبحَ لأحَدهما لا يَكونُ مُضارَبةً على ما يَأتي، وقِيل: هو عَقدٌ على الشِّرْكة في الرِّبح بمالٍ من أحَدهما، وعمَلٍ من الآخَر، وهو مَعنى ما ذَكَره الشَّيخُ.

(والْمُضارِبُ أمينٌ) في المال؛ لأنه قَبَضه بإذن مالِكِه، لا على وَجه البدَلِ[1] والوَثيقةِ[2].

(وبالتَّصرُّف) أي وبتَصرُّف الْمُضارِبِ في المال (وَكيلٌ) لأنه مُتَصرِّفٌ في مِلكه بأمره، وهذا مَعنى الوَكالةِ.

= مما تحت يده، أو لاشتراكهما في العقد على سبيل المجاز، من باب التعبير بالمتعلق، أو هي من الصيغ التي لا تقتضي الشركة، نحو المسافر وعافاه الله...
فأما لفظ المضاربة: فإما أن كليهما يضرب في الربح بنصيب، وإما من الضرب في الأرض الذي هو السفر، ومنه قوله تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزميل: ٢٠] ...

(١) احتراز عن المقبوض على سوم الشراء، فإنه مقبوض بالقيمة. اهـ «غاية». شلبي ٥/ ٥٣.
(٢) احتراز عن الرهن، فإنه مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين. اهـ «غاية». شلبي ٥/ ٥٣.

وبالرِّبح: شَريكٌ، وبالفَساد: أجيرٌ، وبالخِلاف: غاصِبٌ، وباشتِراط كلُّ الرِّبحِ له: مُستقرِضٌ، وباشتِراطه لربِّ المالِ: مُستبضِعٌ.
وإنما تَصِحُّ بما تَصِحُّ به الشِّرْكةُ.

(وبالرِّبح) في المال (شَريكٌ) لربِّ المالِ؛ لأنه هو الْمَقصودُ من عَقد الْمُضارَبةِ.

(وبالفَساد) أي بفَساد الْمُضارَبةِ (أجيرٌ) لأن الواجِبَ في الْمُضارَبةِ الفاسِدةِ أجرُ الْمِثلِ، فيَكونُ هو أجيرًا، كما في الإجارة الفاسِدةِ.

(وبالخِلاف) أي وبمُخالَفة الْمُضارِبِ لما شَرَطه ربُّ المالِ (غاصِبٌ) لأنه إذا خالَفَ فقد تَعدّى، فصار غاصِبًا، فيَضمَنُ..

(وباشتِراط) الْمُضارِبِ أن يَكونَ (كلُّ الرِّبحِ له: مُستقرِضٌ) لأنه لا يَستحِقُّ الرِّبحَ كلَّه إلا إذا صار المالُ مِلكًا له؛ لأن الرِّبحَ فَرعُ المالِ، كالثَّمَر للشَّجَر، فإذا شَرَط أن يَكونَ جَميعُ الرِّبحِ له فقد مَلَك جَميعَ رأسِ المالِ، فلا يَكونُ هذا إلا بطَريق القَرضِ.

(وباشتِراطه) أي وباشتِراط الرِّبحِ أن يَكونَ كلُّه (لربِّ المالِ) الْمُضارِبُ (مُستبضِعٌ) أي طالِبُ بِضاعةٍ، وهي أن يَعمَلَ له مُتبرِّعًا؛ لأنه لم يَطلُب لعَمَله بدلًا، فكان مُتبرِّعًا، فهذا مَعنى البِضاعةِ، فكأنه نَصَّ عليها.

(وإنما تَصِحُّ) الْمُضارَبةُ (بما) أي بالذي (تَصِحُّ به الشِّرْكةُ) وهي الدَّراهِمُ والدَّنانيرُ لا غيرُ عندهما، والفُلوسُ النّافِقةُ عند محمدٍ مِثلُهما، وقد مرَّ في الشِّرْكة، وقال ابنُ أبِي لَيلى: تَصِحُّ الْمُضارَبةُ في الْمَكيل

....

والْمَوزونِ؛ لأنهما من ذَوات الأمثالِ، فيُمكِنُ تَقديرُ رأسِ المالِ بمِثل الْمَقبوضِ، وقال مالِكٌ: تَجوزُ بالعُروض؛ لأنَّها متقوِّمةٌ، فصار كالنَّقدينِ[1]..

ولنا: ما رُوِي أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عن رِبح ما لم يَضمَن[2]، والْمُضارَبةُ بغَير النُّقودِ تُؤدِّي إليه[3]؛ لأنها أمانةٌ في يَد الْمُضارِبِ، وربما زادَت قِيمتُها بعد الشِّراءِ[4]، فإذا باعَها شَرِكه في الرِّبح، فحَصَل رِبحُ ما لم يَضمَن؛ إذ الْمُضارِبُ يَستحِقُّ نَصيبَه من غَير أن يَدخُلَ شيءٌ في ضَمانه، بخِلاف النُّقودِ؛ فإنه عند الشِّراءِ بها يَجِبُ الثَّمَنُ في ذِمّته؛ لأنها لا تَتعيَّنُ بالتَّعيين، فما يَحصُلُ له بذلك فهو رِبحُ ما ضَمِن.

---

(١) ما كُتب في بعض كتب أصحابنا أن عند مالك تصح المضاربة بالعروض: لم أجده في كتبهم، بل ذُكِر فيها لا تصح بالعروض. اهـ «معراج». شلبي ٥/ ٥٣.

(٢) رواه الإمام أحمد (٦٦٢٨)، وأبو داود (٣٥٠٤)، والترمذي (١٢٣٤)، والنسائي (٤٦٣٠)، وابن ماجه (٢١٨٨).

(٣) بيانه: أن المضارب لو باع العروض فهلكت العروض في يده لم يضمنها؛ لأن العروض أمانة عنده، إن سلمها تم البيع، وإن هلكت في يده بطل البيع، فإذا لم يكن العرض مضمونًا عليه فالربح الحاصل منه يكون ربح ما لم يضمن، وهو حرام للنهي، وقد قال محمد في «الأصل»: بلغنا عن إبراهيم النخعي والحسن البصري أنهما قالا: لا تكون المضاربة بالعروض، إنما تكون بالدراهم والدنانير. اهـ. إتقاني. شلبي ٥/ ٥٣.

(٤) في (هـ): بعد العقد.

ويَكونُ الرِّبحُ بينَهما مُشاعًا، فإن شُرِط لأحَدهما زِيادةُ عَشَرةٍ: فله أجرُ مِثلِه، ....

(**ويَكونُ الرِّبحُ بينَهما**) أي بينَ ربِّ المالِ والْمُضارِبِ (**مُشاعًا**) مَعناه: لا تَصِحُّ الْمُضارَبَةُ حتى يَكونَ الرِّبحُ مُشاعًا بينهما؛ لأن الشِّرْكَةَ لا تَتحقَّقُ إلا به، حتى لو شَرَطا لأحَدهما دَراهِمَ مُسمّاةً تَبطُلُ الْمُضارَبَةُ[(١)].

(**فإن شُرِط**[(٢)] **لأحَدهما زِيادةُ عَشَرة**) دَراهِمَ قبلَ أن يَكونَ الرِّبحُ بينهما: فَسَدت الْمُضارَبَةُ؛ لأن اشتِراطَ ذلك مما يَقطَعُ الشِّرْكَةَ بينهما؛ لأنه ربما لا يَربَحُ إلا هذا القَدْرَ، فإذا فَسَدت (**فله**) أي فللمُضارِب (**أجرُ مِثلِه**) لأن استِحقاقَه الرِّبحَ بالشَّرط، فإذا لم يَصِحَّ بَقِيت مَنافِعُه مُستوفاةً بحُكمِ العَقدِ، فيَجِبُ أجرُ الْمِثلِ.

وعندهما[(٣)]: إذا لم يَربَح الْمُضارِبُ في الْمُضارَبة الفاسِدةِ شيئًا فلا أجرَ له؛ اعتِبارًا بالصَّحيحة، مع أنها فوقَها.

---

(١) قال الإتقاني: وذلك لأن المقصود من عقد المضاربة هو الشركة في الربح، فإذا اشترط لأحدهما دراهم مسماة كالمائة ونحوها: تفسد المضاربة؛ لأن شرط ذلك يفضي إلى قطع الشركة؛ لأنه ربما لا يكون الربح إلا ذلك القدر، فلا يبقى للآخر شيء من الربح.
قال شمس الأئمة البيهقي في «الكفاية»: شرطه أن يكون قدرًا معلومًا مُشاعًا من كل الربح، مثل الثلث والربع، فإذا شُرط لأحدهما مائة من الربح مثلًا، أو مائة مع الثلث، أو الثلث إلا مائة، والباقي للآخر: لم تجز المضاربة؛ لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في الربح؛ لجواز أن لا يربح إلا ذلك القدر. شلبي ٥/ ٥٤.

(٢) في (أ): شرطا.

(٣) في (ج): وعنده، وفي (ب) و(د): وعند إذا، وفي (هـ): وعند أبي يوسُفَ.

ولا يُجاوِزُ عن المَشروط.

وكلُّ شَرطٍ يوجِب جَهالةَ الرِّبحِ: يُفسِدُها، وإلا لا.

وبَطَل الشَّرطُ، ....

وإنما يَكونُ أجرُ المِثلِ إذا رَبح، وعند محمدٍ: له أُجرةٌ[1].

(ولا يُجاوَزُ) أجرُ المِثلِ (عن المَشروط) أي عن الذي شَرَطه له، هذا عند أبي يوسف، وعند محمدٍ: له أجرُ المِثلِ بالِغًا ما بَلَغ، وبه قالَت الثَّلاثةُ، وقد مرَّ مِثلُ هذا غير مَرّةٍ.

(وكلُّ شَرطٍ يوجِب جَهالةَ الرِّبحِ) كشَرطِ ربِّ المالِ على المُضارِبِ أن يَدفَعَ إليه أرضَه ليَزرَعَها سَنةً، أو دارَه ليَسكُنَها سنةً (يُفسِدُها) أي المُضارَبةَ؛ لأنَّه جَعَل بعضَ الرِّبحِ عِوضًا عن عَمَلِه، والبَعضَ أجرةَ دارِه أو أرضِه، ولا يَعلَمُ حِصةَ العَملِ حتى تجِبَ حِصَّتُه، ويسقُطَ ما أصابَ مَنفعةَ الدارِ[2].

(وإلا) أي وإن لم يُوجِب الشَّرطُ جَهالةَ الرِّبحِ، كشَرط ذلك على ربِّ المالِ للمُضارِب (لا) يَفسُدُ العَقدُ (وبَطَل الشَّرطُ) لأنه لا يُفضي إلى جَهالة

---

(١) في (د): أجره.

(٢) الشرط الفاسد على وجهين: إن أدى إلى جهالة الربح: فسدت المضاربة؛ لأنه المقصود، وإن لم يؤد: صحت وبطل الشرط، مثل أن يشرطا الوضيعة على المضاربة، وهذا أن ما تقف صحته على القبض لا يبطل بالشرط الفاسد ما أمكن، كالهبة والرهن؛ ولأنها وكالة، معنى والوكالة لا يبطلها الشرط الفاسد اهـ شلبي ٥/ ٥٤.

كشَرط الوَضيعةِ على الْمُضارِب.

ويَدفَعُ المالَ إلى الْمُضارِب.

ويَبيعُ بنَقدٍ ونَسيئةٍ، ....

حِصّةِ العمَلِ؛ إذ نَصيبُه من الرِّبح مُقابَلٌ بعَمَله لا غيرُ، ولا جَهالةَ فيه(١).

(كشَرط الوَضيعةِ) وهي الخُسرانُ (على الْمُضارِب) فإنه شرطٌ زائدٌ لا يُوجِب قطْعَ الشَّرْكةِ في الرِّبح ولا الجَهالةَ فيه، فلا يَكونُ مُفسِدًا، وتَكونُ الوَضيعةُ على ربِّ المالِ؛ لأن ما فات جُزءٌ من المال بالهَلاك يَلزَمُ صاحِبَ المالِ دون غيرِه، والْمُضارِبُ أمينٌ فيه، فلا يَلزَمُه بالشَّرط(٢).

(ويَدفَعُ) ربُّ المالِ (المالَ إلى الْمُضارِب) لأن الْمُضارَبةَ فيها مَعنى الإجارةِ؛ لأن ما يَأخُذُه مُقابَلٌ بعَمَله، والمالُ محَلُّ العمَلِ، فيَجِبُ تَسليمُه، كالإجارة الحَقيقيّةِ، بخِلاف الشَّرْكةِ.

(ويَبيعُ) الْمُضارِبُ (بنَقدٍ) أي حالٌ (ونَسيئةٍ) أي إلى أجَلٍ، وعند الثَّلاثةِ: لا يَبيعُ بنَسيئةٍ إلا بإذنه.

---

(١) لو شَرَط ذلك على رب المال للمضارب صح العقد وبطل الشرط؛ لأنه لا يفضي إلى جهالة حصة العمل إذ نصيبه من الربح مقابَلٌ بعمله لا غير، ولا جهالة فيه؛ لأن الكلام فيما إذا شَرَط له جزءًا معلومًا من الربح شائعًا، ثم هو شرط لا يقتضيه العقد فيبطل هو دونها؛ لأن المضاربة لا تفسد بالشروط الفاسدة، كالوكالة والهبة؛ لأن صحتها تتوقف على القبض كالهبة. «التبيين» ٥/ ٥٥.

(٢) فصار الأصل فيه: أن كل شرط يوجب جهالةً في الربح، أو قطع الشركة فيه مفسدٌ، وما لا فلا. «التبيين» ٥/ ٥٦.

ويَشتَري، ويُوكِّلُ، ويُسافِرُ، ويُبضِعُ، ويُودِعُ.

ولا يُزوِّجُ عبدًا، ولا أمةً، ولا يُضارِبُ إلا بإذنٍ، أو بـ: اعمَل برَأيك.

ولم يَتعدَّ عما عيَّنه من بلَدٍ وسِلعةٍ ....

(ويَشتَري) الْمُضارِبُ أيضًا (ويُوكِّلُ).

(ويُسافِرُ) وعن أبي يوسف: لا يُسافِرُ، وبه قال الشّافعيُّ، وعن أبي حنيفةَ: إن دَفَع إليه المالَ في بَلَده ليس له أن يُسافِرَ به، وإن دَفَع إليه في غَيره له أن يُسافِرَ به إلى بَلَده.

(ويُبضِعُ) من الإبضاع، وهو: أن يَدفَعَ إلى غَيره مالًا يَعمَلُ فيه، ويكونُ[1] الرِّبحُ للدافع[2]، لأن هذا من صنيع التُّجّارِ.

(ويُودِعُ) الْمُضارِبُ عند أحَدٍ من مال الْمُضارَبةِ؛ لما قُلنا.

(ولا يُزوِّجُ) الْمُضارِبُ (عبدًا) لأنه ليس من التِّجارة (ولا) يُزوِّجُ (أمةً) أيضًا؛ لما ذَكَرنا، وعن أبي يوسف: أنه يُزوِّجُها؛ لأنه من باب الإكسابِ[3].

(ولا يُضارِبُ) الْمُضارِبُ، يَعني: لا يُعطي المالَ مُضارَبةً (إلا بإذنٍ) من ربِّ المالِ (أو بـ: اعمَل) أي بقَوله: اعمَل (برَأيك) لأن الشّيءَ لا يَتضَمَّنُ مِثلَه إلا بالتَّنصيص عليه أو التَّفويضِ الْمُطلَقِ إليه.

(ولم يَتعدَّ) الْمُضارِبُ (عما عيَّنه) ربُّ المالِ (من بلَدٍ) بعَينه، بأن قال: لا تَعمَل إلا في مِصرَ مثلًا (و) من (سِلعةٍ) بعَينها، بأن قال له: لا تَبع

---

(١) في (ب): ولا يكون. (٢) في سوى (أ): للعامل. (٣) في (أ): الاكتساب.

ووَقتٍ ومُعامِلٍ، كما في الشّرْكة.

ولا تَشترِ إلا في الحَرير مثلًا (ووَقتٍ) بعَينه، بأن قال: لا تَبع ولا تَشترِ إلا في وقتِ كذا (و) من (مُعامِلٍ) بعَينه، بأن قال له: لا تُعامِل إلا مع زيدِ بنِ فُلانٍ مثلًا، فإن خالفَ صار ضامِنًا.

ولو لم يَشترِ شيئًا حتى رَدَّ المالَ إلى البَلَد الذي عَيَّنه له: بَرِئ من الضَّمان، كالْمُودَع إذا خالَفَ في الوَديعة، ثم رَجَع إلى الوِفاق، وعاد المالُ مُضارَبةً، حتى إذا اشتَرى في ذلك البلَدِ كان للمُضارَبة.

وهذا بخِلاف ما إذا قَيَّده في سُوقٍ مُعيَّنٍ من الْمِصر؛ حيث لا يَتقيَّدُ به؛ لأن الْمِصرَ الواحِدَ قَلَّما تَتفاوتُ جَوانِبُه وأسواقُه؛ لأنه كبُقعةٍ واحِدةٍ، فلا يُفيدُ التَّقييدَ إلا إذا صَرَّح بالنَّهي، بأن قال: اعمَل في هذا السُّوقِ، ولا تَعمَل في غَيره، فحينَئذٍ يَتقيَّدُ به؛ لأن المالَ له، ووِلايةُ التَّصرُّفِ إليه.

بخِلاف ما إذا قال له: بِعْ نَسيئةً، ولا تَبع حالًا؛ حيث كان له أن يَبيعَه حالًّا عند عدَمِ اختِلافِ السِّعرِ بينهما؛ لأنه مُخالَفةٌ إلى خَيرٍ بيَقينٍ، كمن وَكَّل شخصًا ببَيع عبدِه بألف دِرهَمٍ، ونَهاه عن البَيعِ بالزِّيادة، فباعَه الوَكيلُ بألفَين؛ فإنه يَجوزُ؛ لما قُلنا.

(كما) لا يَجوزُ أن يَتعدّى الشَّريكُ (في الشّرْكة) عما عَيَّنه الشَّريكُ الآخَرُ، من البَيع والشِّراءِ في بَلدةٍ بعَينها، أو في سِلعةٍ بعَينها، أو مع مُعامِلٍ بعَينه.

ولم يَشترِ من يَعتِقُ على المالِك، أو عليه إن ظَهَر رِبحٌ، ....

(ولم يَشترِ) الْمُضارِبُ (من يَعتِقُ على المالِك) أي على ربِّ المالِ بقَرابةٍ، كأبيه وابنِه، أو بسَبَب يَمينٍ؛ لكَونه مُخالِفًا للمَقصود، بخِلاف الوَكيلِ بشِراء العبدِ؛ حيث يجوزُ له أن يَشتريَ مَن يَعتِقُ على الْمُوكِّل؛ لأن التَّوكيلَ مُطلَقٌ، فيَجري على إطلاقه، وهنا مُقيَّدٌ بمالٍ يُمكِنُ التِّجارةُ فيه، حتى لو وُجِد في الوَكالةِ أيضًا ما يَدُلُّ على التَّقييد، بأن قال: اشتَرِ لي عبدًا أبِيعُه أو أستخدِمُه، أو جارِيةً أطَؤُها: كان الحُكم كذلك.

ولو اشتَرى مَن يَعتِق على ربِّ المالِ: صار مُشترِيًا لنَفسه، ويَضمَنُ؛ لأنه نَقَد الثَّمَنَ من مال الْمُضارَبةِ، وعند مالِكٍ: لو كان عالِمًا مُوسِرًا ضَمِن، وإلا لا.

(أو) مَن يَعتِقُ (عليه) أي على الْمُضارِب، يَعني: لا يَشتَري الْمُضارِبُ أيضًا مَن يَعتِقُ عليه (إن ظَهَر رِبحٌ) في المال؛ لأنه يَعتِقُ نَصيبُه، ويَفسُدُ بسَبَبه نَصيبُ ربِّ المالِ، أو يَعتِقُ على الاختِلاف الذي مَضى بَيانُه في العَتق.

والْمُرادُ من ظُهور الرِّبحِ: أن تكونَ قِيمةُ العبدِ الْمُشتَرى أكثرَ من رَأس المالِ، سواءٌ كان في جُملة رأسِ المالِ رِبحٌ أوْ لا؛ لأنه إذا كان قِيمةُ العَينِ[1] مِثلَ رأسِ المالِ أو أقلَّ، لا يَظهَرُ مِلكُ الْمُضارِبِ فيه، بل يُجعَلُ مَشغولًا برَأس المالِ، حتى إذا كان رأسُ المالِ ألفًا، وصار

(١) في (ز) و(ح): قيمة العبد ألفين.

وضَمِن إن فَعَل، فإن لم يَظهَرْ رِبحٌ: صحَّ، فإن ظَهَر: عَتَق حَظُّه، ولم يَضمَن لربِّ المالِ، ....

عشَرةَ آلافِ دِرهَمٍ، ثم اشتَرى الْمُضارِبُ مَن يَعتِقُ عليه، وقِيمتُه ألفٌ أو أقلُّ: لا يَعتِقُ عليه.

وكذا لو كان له ثَلاثةُ أولادٍ أو أكثرُ، وقِيمةُ كلِّ واحِدٍ ألفٌ أو أقلُّ، فاشتَراهم: لا يَعتِقُ منهم شيءٌ؛ لأن كلَّ واحِدٍ مَشغولٌ برَأس المالِ، ولا يَملِكُ الْمُضارِبُ منهم شيئًا حتى تَزيدَ قِيمةُ كلِّ عَينٍ على رَأس المالِ على حِدَةٍ، من غَير ضَمِّه إلى آخَرَ.

(وضَمِن) الْمُضارِبُ (إن فَعَل) أي إن اشتَرى قَريبَه وقِيمتُه أكثرُ من رَأس المالِ؛ لأنه يَصيرُ مُشترِيًا العبدَ لنَفسه، فيَضمَنُ مالَ الْمُضارَبةِ.

(فإن لم يَظهَرْ رِبحٌ) أي إن لم يكن في قِيمة العبدِ الْمُشتَرى زِيادةٌ على رَأس المالِ (صحَّ) شِراؤُه للمُضارَبة؛ لأنه إذا لم تَزِد قِيمتُه على رَأسِ المالِ لا يَعتِقُ عليه؛ إذ لا مِلكَ للمُضارِب فيه؛ لكَونه مَشغولًا برَأس المالِ، فيُمكِنُه أن يَبيعَه للمُضارَبة، فيَجوزُ.

(فإن ظَهَر) الرِّبحُ في الْمُشتَرى بعد الشِّراءِ، بأن كانَت قِيمتُه وقتَ الشِّراءِ قَدْرَ رأسِ المالِ أو أقلَّ، ثم ازدادَت قِيمتُه حتى صارَت أكثرَ من رَأس المالِ (عَتَق حَظُّه) أي حَظُّ الْمُضارِبِ، أي نَصيبُه؛ لأنه مَلَك بعضَ قَريبِه، فوَجَب أن يَعتِقَ بقَدْره (ولم يَضمَن لربِّ المالِ) لأنه لا صُنعَ له فيه، وإنما عَتَق عليه بطَريق الحُكمِ بسَبَب زِيادةِ القِيمةِ من

وسَعى الْمُعتَقُ في قِيمة نَصيبِ ربِّ المالِ.

معه ألفٌ بالنِّصف، فاشتَرى به أمةً قِيمتُها ألفٌ، فوَلدَت ولَدًا يُساوِي ألفًا، فادَّعاه مُوسِرًا، فبَلَغت قِيمتُه ألفًا وخمسَمائةٍ: سَعى لربِّ المالِ في ألفٍ ورُبُعِه، أو أعتَقه، فإن قَبَض الألفَ: ضَمِن الْمُدَّعي نِصفَ قِيمتِها.

غَير اختيارِه، فصار كما إذا وَرِثه مع غيرِه[1].

(وسَعى) العبدُ (الْمُعتَقُ في قِيمة نَصيبِ ربِّ المالِ) منه[2]؛ لأنه احتُبِست ماليَّته عنده، فيَضمَنُها، كالعَبد الْمَوروثِ بين اثنَين وأحَدُهما أبُوه.

(معه) أي مع الْمُضارِبِ (ألفٌ بالنِّصف، فاشتَرى به) أي بالألف (أمةً قِيمتُها ألفٌ) فوَطِئها (فوَلدَت ولَدًا يُساوِي ألفًا، فادَّعاه) الْمُضارِبُ حالَ كونِه (مُوسِرًا) يَعني في حال يَسارِه (فبَلَغت قِيمتُه) أي قِيمةُ الولَدِ (ألفًا وخَمسَمائةٍ) فإن شاء ربُّ المالِ استَسعى العبدَ، وهو مَعنى قولِه: (سَعى لربِّ المالِ في ألفٍ ورُبُعِه) أي رُبُعِ ألفٍ، وهو مِائتان وخَمسون (أو أَعتَقه) أي أو أعتَق ربُّ المالِ الولَدَ إن شاء..

(فإن قَبَض) ربُّ المالِ (الألفَ: ضَمِن الْمُدَّعي) أي الْمُضارِبُ (نِصفَ قِيمتِها) أي نِصفَ قِيمةِ الجارِيةِ، وإنما كان كذلك: لأن دَعوى الْمُضارِبِ وَقَعت صَحيحةً ظاهِرًا؛ ....

(١) أي كما إذا اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجا وأخا لا يضمن الزوج للأخ لعدم الصنع منه فكذا هنا. اهـ إتقاني. شلبي ٥/ ٦١.

(٢) أي في قيمة نصيب رب المال من العبد، وهو رأس المال، ونصيب رب المال من الربح. اهـ إتقاني. شلبي ٥/ ٦١.

....

لأنه يُحمَلُ[1] على أنه ولَدُه من النّكاح، بأن يُحمَلَ أن البائِعَ زَوَّجها منه، ثم باعَها منه وهي حُبلى منه؛ حَملًا لأمره على الصَّلاح..

لكن لا تَنفُذُ هذه الدَّعوى؛ لعَدَم الْمِلكِ، وهو شَرطٌ فيه؛ إذ كلُّ واحِدٍ من الجارِية وولَدِها مَشغولٌ برَأس المالِ، فلا يَظهَرُ الرِّبحُ فيه؛ لما عُرِف أن مالَ الْمُضارَبةِ إذا صارَت أجناسًا مُختلِفةً، كلُّ واحِدٍ منها لا يَزيدُ على رَأس المالِ: لا يَظهَرُ الرِّبحُ عندنا، خِلافًا لزفرَ؛ لأن بعضَها ليس بأَولى من البَعض، فإذا كان كذلك لم يكن للمُضارِب نَصيبٌ في الأمة ولا في الوَلَد، وإنما الثّابتُ له مُجرَّدُ حقِّ التَّصرُّفِ، فلا تَنفُذُ دِعوتُه.

فإذا زادَت قِيمةُ الغُلامِ وصارَت ألفًا وخَمسَمائةٍ: ظَهَر الرِّبحُ فيه في ذلك الوقتِ، فمَلَك الْمُضارِبُ منه نِصفَ الزِّيادةِ، فنَفَذت دِعوتُه السّابقةُ فيه؛ لوُجود شرطِها، وهو الْمِلكُ، بخِلاف ما إذا أعتَق الولَدَ، ثم ظَهَرت الزِّيادةُ؛ حيث لا يَنفُذُ إعتاقُه السّابقُ؛ لأن الإعتاقَ إنشاءٌ، فإذا بَطَل لعَدَم الْمِلكِ لا يَنفُذُ بعده بحُدوثه.

أما الدِّعوةُ: فإخبارٌ، فإذا رُدَّ في حقِّ غيرِه فهو باقٍ في حقِّ نفسِه، فإذا مَلَك بعد ذلك نفَذت دِعوتُه فيه، وصار الغُلامُ ابنًا له، وعَتَق بقَدْر نَصيبِه منه، وهو رُبُعُه، ولم يَضمَن الْمُضارِبُ حِصّةَ ربِّ المالِ من الوَلَد؛ لأن العَتقَ ثَبَت بالْمِلك والنَّسَبِ، فصارَت العِلّةُ ذاتَ وَجهَين، والْمِلكُ

---

(١) في سوى (أ): يحتمل. وانظر «التبيين» ٥/ ٦٢.

آخِرُهما وُجودًا، فيُضافُ الحُكمُ -وهو العَتقُ- إليه؛ لأن الحُكمَ يُضافُ إلى الوَصفِ الأخيرِ..

ولا صُنعَ للمُضارِب في المِلك، فلا يَجِبُ عليه الضَّمانُ؛ لعَدَم التَّعدِّي؛ إذ لا يَجِبُ ضَمانُ العَتقِ إلا بالتَّعدِّي، فكان ربُّ المالِ بالخِيار، إن شاء أعتَق نَصيبَه من الغُلام، وإن شاء استَسعاه، فإذا اختار الاستِسعاءَ استَسعاه في ألفٍ ومِائتَين وخَمسين؛ لأن الألفَ مُستحَقٌّ له برَأس المالِ، ومِائتَين وخَمسين نَصيبُه[1] من الرِّبح، فإذا قَبَض منه ألفَ درهمٍ صار مُستَوفيًا لرَأس مالِه، وظَهَر أن الأُمَّ كلَّها رِبحٌ؛ لفَراغها عن رَأس المالِ، فكانَت بينهما نِصفَين، ونَفَذ فيها دِعوةُ المُضارِبِ، وصارَت كلُّها أُمَّ ولَدٍ له[2].

ويَجِبُ نِصفُ قِيمتِها لربِّ المالِ، مُوسِرًا كان أو مُعسِرًا؛ لأنه ضَمانُ التَّملُّكِ، وهو لا يَختلِفُ بالإعسار واليَسارِ[3]، ولا يَتوقَّفُ على التَّعدِّي لذلك[4]، بخِلاف ضَمانِ الإعتاقِ؛ فإنه ضَمانُ الإفسادِ[5]، فلا يَجِبُ عليه بغَير تعدٍّ، ولا على مُعسِرٍ، واشتِراطُ اليَسارِ هنا: ليُعلَمَ أنه لا يَجِبُ على أحدٍ.

---

(١) في (ب) و(د): ومائتين نصيبه. وانظر «التبيين» ٥/ ٦٢.

(٢) لأن الاستيلاد إذا صادف محَلًا يحتمل النقل: لا يتجزأ بالإجماع. «التبيين» ٥/ ٦٣.

(٣) في (أ): والإيسار.

(٤) لأنه ضمان تملك؛ ولهذا لو ورث أم ولده مع غيره يتملكها كلها، ويجب عليه أن يضمن حصة غيره من قيمتها، موسرًا كان أو معسرًا. «التبيين» ٥/ ٦٣.

(٥) لا ضمان تملك، وهو متولد من تصرفه في ملكه. «التبيين» ٥/ ٦٣.

....

وإنما شُرِط قَبضُ ربِّ المالِ الألفَ من الغُلام: حتى تَصيرَ الجارِيةُ أمَّ ولَدٍ للمُضارِب؛ لأنها مَشغولةٌ برأس المالِ، فإذا قَبَضه من الغُلام فَرَغت عن رَأس المالِ، فصارَت كلُّها رِبحًا، فيَظهَرُ فيها مِلكُ المُضارِبِ، فصارَت أمَّ ولَدٍ له؛ لما ذَكَرنا.

ولو لم تزِد قِيمةُ الولَدِ على ألفٍ، وزادَت قِيمةُ الأُمِّ حتى صارَت ألفًا وخَمسَمائةٍ: صارَت الجارِيةُ أُمَّ ولَدٍ للمُضارِب، ويَضمَنُ لربِّ المالِ ألفَ دِرهَم ومِائتَين وخَمسين دِرهَمًا؛ لأنها لما ازدادَت قِيمتُها ظَهَر فيها الرِّبحُ، ومَلَك المُضارِبُ بعضَ الرِّبحِ، فنَفَذت دِعوتُه فيها.

ويَجِبُ عليه لربِّ المالِ رأسُ مالِه، وهو ألفٌ، ويَجِبُ عليه أيضًا نَصيبُه من الرِّبح، وهو مِائتان وخَمسون دِرهَمًا، فإذا وَصَل إلى يَده ألفٌ استَوفى رأسَ مالِه، وصار الولَدُ كلُّه رِبحًا، فيَملِكُ المُضارِبُ منه نِصفَه، فيَعتِقُ عليه، وما لم يَصِل إلى ربِّ المالِ الألفُ فالولَدُ رَقيقٌ، ثم يَأخُذُ منه مِائتَين وخَمسين على أنه نَصيبُه من الرِّبح.

ولو ازدادَت قِيمتُها عَتَق الولَدُ، وصارَت الجارِيةُ أُمَّ ولَدٍ له؛ لأن الرِّبحَ ظَهَر في كلِّ واحِدٍ منهُما، ويَأخُذُ رأسَ المالِ من المُضارِب، وما بَقِي من نَصيبه من الرِّبح، ويَضمَنُ أيضًا نِصفَ عُقرِها؛ لأنه لما استَوفى رأسَ المالِ ظَهَر أنه رِبحٌ؛ لأن عُقرَ مالِ المُضارَبةِ يَكونُ للمُضارَبة، ويَسعى الغُلامُ في نَصيب ربِّ المالِ، ويَسقُطُ عنه نَصيبُ المُضارِبِ، واللهُ أعلَمُ.

﴿ بابُ الْمُضارِبُ يُضارِبُ ﴾

فإن ضاربَ الْمُضارِبُ بلا إذنٍ: لم يَضمَن، ما لم يَعمَل الثّاني.

هذا (**بابٌ**)

في بَيان أحكامِ (**الْمُضارِبِ يُضارِبُ**) مع آخَرَ

(**فإن ضاربَ الْمُضارِبُ بلا إذنٍ**) من ربِّ المالِ (**لم يَضمَن**) الْمُضارِبُ (**ما لم يَعمَل**) الْمُضارِبُ (**الثّاني**) في المال في ظاهِر الرِّوايةِ، ورَوى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ أنه لا يَضمَنُ حتى يَربَحَ.

وقال زفرُ: يَضمَنُ بالدَّفع، تَصرَّف أو لم يَتصرَّف[1]، وهو رِوايةٌ عن أبي يوسف، وهو قولُ الثَّلاثةِ أيضًا؛ لأنه دَفَع مالَه إلى غَيره بلا أَمره، فيَضمَنُ[2].

ولنا: أنه كالإيداع، قبلَ العمَلِ، وهو يَملِكُ الإيداعَ بنَفسه.

وجهُ ظاهِرِ الرِّوايةِ: أن مُجرَّدَ الدَّفعِ إيداعٌ في الحَقيقة، وإنما يَتقرَّرُ كونُه مَضمونًا بالعَمَل فيه، ....

(١) أي ربح أو لم يربح. شلبي ٥/ ٦٣.

(٢) والحاصل أنه لا ضمان على واحد منهما قبل عمل الثاني في ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة، وإذا عمل الثاني بالمال.. إن عمل عملًا لم يدخل تحت المضاربة، بأن وهب المضارب الثاني المال من رجل، أو استهلكه: فالضمان على الثاني دون الأول، وإن عمل عملًا دخل تحت المضاربة، بأن اشترى بالمال شيئًا، فإن ربح: فعليهما الضمان، وإن لم يربح: فلا ضمان على واحد منهما في ظاهر الرواية. اهـ. إتقاني. شلبي ٥/ ٦٣.

فكان الحالُ[1] مَوقوفًا قبلَ العمَلِ[2].

والْمَذكورُ في القُدُوريّ أن الأوّلَ ضامِنٌ، ولم يَتَعرَّض للثّاني، فقِيل: يَنبَغي أن لا يَضمَنَ الثّاني عند أبي حنيفةَ، ويَضمَنَ عندهما؛ بِناءً على اختِلافهم في مُودَعِ الْمُودَعِ، وقِيل: يَتخيّرُ ربُّ المالِ في تَضمين أيِّهما شاء، قال في «الهِداية»: وهو الْمَشهورُ.

فإذا ضَمِن الثّاني يَرجِعُ الثّاني على الأوَّل؛ لأنه مَغرورٌ من جِهَته، وصَحَّت الْمُضارَبةُ بينَهما، ويَكونُ الرِّبحُ بينَهما على ما شَرَطا؛ لصِحّة الْمُضارَبةِ، ويَطيبُ للثّاني ما رَبِح؛ لأنه يَستحِقُّه بالعَمَل، ولا خُبثَ في عَمَله، ولا يَطيبُ للأوَّل؛ لأنه يَستحِقُّه برَأس المالِ، ومِلكُه فيه ثَبَت مُستنِدًا، فلا يَخلُو عن شُبهةٍ، فيَكونُ سَبيلُه التَّصدُّقَ.

هذا إذا كانَت الْمُضارَبتان صَحيحتَين، وأما إذا كانَت إحداهما فاسِدةً أو كِلاهما: فلا ضَمانَ على واحِدٍ منهما؛ لأنه إن كانَت الثّانيةُ هي الفاسِدةَ صار أجيرًا، وللأوَّل[3] أن يَستأجِرَ من يَعمَلُ في المال، وإن كانَت هي

---

(١) في (ح): فكان المال.

(٢) ووجه المروي عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن العقد المجرد لا يوجب الضمان؛ ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال الغير، ولا بالتسليم لأجل التصرف؛ لأنه إيداع وهو يملك ذلك، ولا بالتصرف؛ لأنه وكيل فيه على ما بيَّنّا من قبل، وهو له أن يوكل، وهذا لأنه إنما يصير ضامنًا بالمخالفة، وبهذه الأشياء لا يصير مخالفًا. «التبيين» ٥/ ٦٣.

(٣) في (أ): وللأجير، وفي (ج): وللآخر. وانظر «التبيين» ٥/ ٦٤.

فإن دَفَع بإذنٍ، وبالثُّلُث، وقِيل له: ما رَزَق اللهُ بينَنا نِصفان: فللمالِك النِّصفُ، وللأوَّل السُّدُسُ، وللثّاني الثُّلُثُ.

الأُولى فكذلك؛ لأن فَسادَها يُوجِبُ فَسادَ الثّانيةِ؛ لأن الأُولى لما فَسَدت صارَت إجارةً، وصار الرِّبحُ كلُّه لربِّ المالِ[1].

(فإن دَفَع) الْمُضارِبُ الأوَّلُ حالَ كونِه (بإذنٍ) من ربِّ المالِ في الدَّفع إلى آخَرَ مُضارَبةً، فدفَعَه إلى آخَرَ (وبالثُّلُث، و) الحال أنه قد (قِيل له) أي للمُضارِب الأوَّلِ، يَعني: ربُّ المالِ قد كان قال له: (ما رَزَق اللهُ بينَنا نِصفان) ثم إن الْمُضارِبَ الثّانيَ رَبِح في المال:

(فللمالِك) أي ربُّ المالِ (النِّصفُ) من الرِّبح (وللأوَّل) أي وللمُضارِب الأوَّلِ (السُّدُسُ) منه (وللثّاني) أي وللمُضارِبِ الثاني (الثُّلُثُ) منه؛ لأنَّ الدَّفعَ إلى الثاني صحيحٌ؛ لأنَّه بأمرِ المالِك، وقد شَرَط لنفسِه نصفَ جميعِ ما رَزَق اللهُ تعالى، وقد جعَل الأوَّلُ للثاني ثُلُثَه، فينصرِفُ ذلك إلى نَصيبِه؛ لأنَّه لا يَقدِرُ أن يُنقِصَ مِن نصيبِ ربِّ المالِ شيئًا، فيَبقى له السُّدُسُ، ويطيبُ ذلك لكلِّهم؛ لأنَّ ربَّ المالِ يستحِقُّه بالمالِ، وهما بالعَملِ[2].

---

(١) ولو صَحّت الثانية في هذه الحالة لصار الثاني شريكًا، وليس للأجير أن يشرك غيره، بل المضارب لا يملك ذلك، فكانت فاسدةً بالضرورة، وكانا أجيرين. «التبيين» ٥/ ٦٤.

(٢) لأنه نماء مِلكِه، والمضارب الأول والثاني يستحقانه بالعمل؛ لأن عمل الثاني وقع عنهما، فصار نظير من استأجر خياطًا ليخيط له ثوبًا بدرهم، واستأجر هو غيره ليخيط له ذلك الثوب بنصف درهم، وزاد قيمة الثوب، طاب لهم جميعًا؛ لما =

ولو قِيل له: ما رَزَقكَ اللهُ بينَنا نِصفان: فللثّاني ثُلُثُه، والباقِي بين المالِكِ والأوَّلِ نِصفان.

ولو قِيل له: ما رَبِحتَ بينَنا نِصفان، ودَفَع بالنِّصف: فللثّاني النِّصفُ، واستَويا فيما بَقِي.

(ولو قِيل له) أي للمُضارِب الأوَّلِ، يَعني: لو قال له ربُّ المالِ (ما رَزَقكَ اللهُ بينَنا نِصفان) بكاف الخِطابِ، والْمَسألةُ بحالها (فللثّاني) أي فللمُضارِب الثّاني (ثُلُثُه) أي ثُلُثُ الرِّبحِ (والباقِي) من الرِّبح (بين المالِكِ و) الْمُضارِبِ (الأوَّلِ نِصفان) لأن ربَّ المالِ هنا شَرَط أن يكونَ ما رَزَق اللهُ الْمُضارِبَ الأوَّلَ بينَهما نِصفَين، والْمَرزوقُ للأوَّل هو الثُّلُثان؛ لأن الثُّلُثَ استَحقَّه الثّاني بشَرط الأوَّلِ، وهو مَأذونٌ له، فلم يكن من رِزق الأوَّلِ إلا الثُّلُثان، فيكونُ ذلك بينَهما نِصفَين، ويَطيبُ لهم بلا شُبهةٍ أيضًا[1].

(ولو قِيل له) أي للمُضارِب الأوَّلِ، يَعني: لو قال له ربُّ المالِ: (ما رَبِحتَ بينَنا نِصفان، ودَفَع) الأوَّلُ للثّاني (بالنِّصف: فللثّاني النِّصفُ) أي نِصفُ الرِّبحِ؛ لأن الأوَّلَ شَرَط له ذلك، وشَرطُه صَحيحٌ؛ لأنه بإذن المالِكِ.

(واستَويا) أي ربُّ المالُ والْمُضارِبُ الأوَّلُ (فيما بَقِي) وهو النِّصفُ؛

= قلنا، فهذه لا شبهة فيها، وهي تجارة حسنة، حيث يستحق الأول سدس الربح وهو قاعد. «التبيين» ٥/ ٦٤.

(١) وهذه أحسن في حق الأول. «التبيين» ٥/ ٦٥.

ولو قِيل له: ما رَزَق اللهُ فلي نصفُه، أو ما كان من فَضلٍ فبينَنا نِصفانِ، فدَفَع بالنِّصفِ: فللمالِك النِّصفُ، وللثّاني النِّصفُ، ولا شيءَ للأوَّل.

ولو شَرَط للثّاني ثُلُثَيه: ضَمِن الأوَّلُ للثّاني سُدُسًا.

لأن ربَّ المالِ لم يَشترِط لنَفسه هنا إلا نِصفَ ما رَبِحه الأوَّلُ، ولم يَربَح الأوَّلُ إلا النِّصفَ، والنِّصفُ الآخَرُ صار للثّاني بشَرطه، فلم يكن من رِبح الأوَّلِ.

(**ولو قِيل له**) أي للمُضارِب الأوَّلِ، يَعني: لو قال له ربُّ المالِ: (**ما رَزَق اللهُ فلي نصفُه، أو**) قال ربُّ المالِ: (**ما كان من فَضلٍ فبينَنا نِصفانِ، فدَفَع**) الْمُضارِبُ الأوَّلُ[1] إلى آخَرَ (**بالنِّصفِ: فللمالِك**) أي ربِّ المالِ (**النِّصفُ**) من الرِّبح (**وللثّاني**) أي وللمُضارِب الثّاني (**النِّصفُ**) منه (**ولا شيءَ للأوَّل**) أي للمُضارِب الأوَّلِ..

لأن قولَ ربِّ المالِ: ما رَزَق اللهُ، أو: (**ما كان من فَضلٍ**[2]): يَنصرِفُ إلى جَميع الرِّبحِ، فيَكونُ له النِّصفُ من الجَميع، وقد شَرَط الْمُضارِبُ الأوَّلُ للثّاني نِصفَ جَميعِ الرِّبحِ، فيَكونُ له النِّصفُ، فلم يَبقَ للأوَّل شيءٌ من الرِّبح، فيَخرُجُ بغَير شيءٍ.

(**ولو شَرَط**) الْمُضارِبُ الأوَّلُ (**للثّاني ثُلُثَيه**) أي ثُلُثَي الرِّبحِ، والْمَسألةُ بحالها (**ضَمِن**) الْمُضارِبُ (**الأوَّلُ للثّاني**) أي للمُضارِب الثّاني (**سُدُسًا**)

(١) في (د): المضارب المال.

(٢) في (هـ): من فضل الله.

وإن شَرَط للمالِك ثُلُثَه، ولعَبده ثُلُثَه على أن يَعمَلَ معه، ولنَفسه ثُلُثَه: صحّ.

أي سُدُسَ الرِّبحِ من ماله؛ لأن ربَّ المالِ شَرَط لنَفسه النِّصفَ من مُطلَق الرِّبحِ، فله ذلك..

واستَحقَّ الْمُضارِبُ الثّاني ثُلُثَي الرِّبحِ بشَرط الأوَّلِ؛ لأن شرطَه صَحيحٌ؛ لكَونه مَعلومًا[1]، لكن لا يَنفُذُ في حقِّ ربِّ المالِ؛ إذ لا يَقدِرُ أن يُغيِّرَ شرْطَه، فيَغرَمُ له قَدْرَ السُّدُس؛ لأنه ضَمِن له سَلامةَ الثُّلُثَين بالعَقد؛ لأنه غرَّه في ضِمن عَقدِ الْمُضارَبةِ[2]، وهو أيضًا سبَبُ الرُّجوعِ[3].

(وإن شَرَط) الْمُضارِبُ (للمالِك) أي ربِّ المالِ (ثُلُثَه) أي ثُلُثَ الرِّبح (و) شَرَط (لعَبده) أي لعَبد ربِّ المالِ (ثُلُثَه) أي ثُلُثَ الرِّبح (على أن يَعمَلَ) العبدُ (معه) أي مع الْمُضارِب (و) شَرَط (لنَفسه ثُلُثَه: صحّ) لأن اشتِراطَه للعَبد يَكونُ اشتِراطًا للمَولى، فكأنه اشتَرَط للمَولى ثُلُثَي الرِّبح[4]،

(١) في (أ): لكونه مأذونًا. وانظر «التبيين» ٥/ ٦٥.

(٢) وإنما قَيَّد الغرور بضمن العقد: قال الإتقاني: لأن الغرور إذا لم يكن في ضمن العقد لا يجب الضمان، كما إذا قال لآخر: هذا الطريق آمن فاسلكها، فسلكها، فقُطع عليه الطريقُ: لا يجب الضمان. اهـ شلبي ٥/ ٦٥.

(٣) كمن استأجَر رَجُلًا لخياطة ثوب بدرهم، فدفعه الأجير إلى من يخيطه بدرهم ونصف. «التبيين» ٥/ ٦٥.

(٤) وعلى هذا قالوا: لو شرط ثلث الربح لقضاء دين المضارب أو لقضاء دين رب المال؛ لأن المشروط في قضاء دين أحدهما مشروط له. اهـ إتقاني. شلبي ٥/ ٦٥.

وتَبْطُلُ بـ: مَوت أحَدِهما، وبلُحوق المالِكِ مُرتَدًّا.

واشتِراطُ عمَلِ العبدِ غيرُ مُفسِدٍ؛ لأنه من أهل أن يُضارِبَ في مال مَولاه، بخِلافِ ما إذا شَرَط عمَلَ ربِّ المالِ؛ لأن بَقاءَ يدِه يَمنَعُ تَسليمَ المالِ إلى الْمُضارِب، فلا يَجوزُ.

ثم إن لم يكن على العَبد دَينٌ فهو للمَولى، سواءٌ شَرَط فيها عمَلَ العبدِ أوْ لا، وإن كان عليه دَينٌ فهو لغُرَمائه إن شَرَط عمَلَه، وإلا فهو للمَولى[1]، وكذلك إذا شَرَط الثُّلُثَ لعَبد الْمُضارِبِ يَصِحُّ، سواءٌ اشتَرَط عليه العمَلَ أوْ لا، إن لم يكن عليه دَينٌ.

وإن كان عليه دَينٌ.. إن شَرَط عليه عمَلَه: جاز، وكان الْمَشروطُ لغُرَمائه، وإن لم يَشترِط عمَلَه: لا يَجوزُ، ويَكونُ ما شَرَط لربِّ المالِ عند أبي حنيفةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وعندهما: يَملِكُ الْمَولى كسبَ عبدِه الْمَديونِ، فاشتِراطُه له يَكونُ اشتِراطًا للمَولى، فيَصِحُّ.

(وتَبطُلُ) الْمُضارَبةُ (بمَوت أحَدِهما) أي ربِّ المالِ أو الْمُضارِبِ؛ لأن الْمُضارَبةَ وَكالةٌ، وهي تَبطُلُ به، ولا تُورَثُ.

(و) تَبطُلُ أيضًا (بلُحوق المالِكِ) بدار الحربِ حالَ كونِه (مُرتَدًّا) لأنه بمَنزِلة الموتِ، ولهذا يُورَثُ مالُه، وتَعتِقُ أُمَّهاتُ أولادِه ومُدبَّروه.

---

(١) أي لأنه لا يجوز أن يستحق ربحًا في المضاربة من غير عمل ولا مال. اهـ شلبي ٥/ ٦٥.

ويَنعزِلُ بعَزْله إن عَلِم، وإن عَلِم والمال عُروضٌ: باعَها، ثم لا يَتصرَّفُ في ثَمَنها.

وقبل[١] لُحوقِه يُوقَفُ تَصرُّفُ مُضارِبِه عند أبي حنيفةَ على النَّفاذ بالإسلام، أو البُطلانِ بالْمَوت أو القتلِ.

ولو كان الْمُضارِبُ هو الْمُرتدَّ فالْمُضارَبةُ على حالها عندهم.

(ويَنعزِلُ) الْمُضارِبُ (بعَزْله) أي بعَزْل ربِّ المالِ إيّاه (إن عَلِم) الْمُضارِبُ عَزْلَه؛ لأنه وَكيلٌ من جِهَته، فيُشترَطُ فيه العِلمُ بعَزْله (وإن عَلِم) الْمُضارِبُ بعَزْله (و) الحالُ أن (المال عُروضٌ: باعَها) أي العُروضَ، ولا يَنعزِلُ من ذلك[٢]؛ لأن له حقًّا في الرِّبح، ولا يَظهَرُ إلا بالنَّقد، فيَثبُتُ له حقُّ البيعِ ليَظهَرَ ذلك.

(ثم لا يَتصرَّفُ) الْمُضارِبُ (في ثَمَنها) أي في ثَمَن العُروضِ التي باعَها؛ لأن البيعَ بعد العزلِ كان للضَّرورة، فلم يَبقَ بعد النَّقدِ.

ولو عَزَله والمالُ نُقودٌ، لكن من خِلاف جِنسِ رأسِ المالِ: ليس له أن يَبيعَه بجِنس رأسِ المالِ قِياسًا؛ لأن النَّقدَين جِنسٌ واحِدٌ من حيثُ الثَّمَنيَّةُ، وفي الاستِحسان: له أن يَبيعَه بجِنس رأسِ المالِ؛ لأن الواجِبَ عليه ردُّ مِثلِ رأسِ المالِ[٣].

---

(١) في (ب) و(هـ): وقيل. وانظر «التبيين» ٥/ ٦٦.

(٢) في (ج): ولا ينعزل بذلك.

(٣) وإنما يتحقق ذلك بردّ جنسه، فكان له أن يبيعَه ضرورةً. ٥/ ٦٧.

ولو افتَرَقا وفي المال دُيونٌ ورِبحٌ: أُجبِر على اقتِضاء الدُّيونِ، وإلا لا يَلزَمُه الاقتِضاءُ، ويوكِّلُ المالِكَ عليه.

والسِّمسارُ يُجبَرُ على التَّقاضِي.

وموتُه، وارتِدادُه مع اللُّحوقِ، وجُنونُه مُطبِقًا.. والمالُ عُروضٌ: كعَزْله.

(ولو افتَرَقا) أي ربُّ المالِ والْمُضارِبُ[1] (و) الحالُ أنه (في المال دُيونٌ ورِبحٌ: أُجبِر) الْمُضارِبُ (على اقتِضاء الدُّيونِ) لأنه كالأجير، والرِّبحُ كالأُجرة له، وقد سَلِم له ذلك، فيُجبَرُ على إتمام عمَلِه (وإلا) أي وإن لم يكن في المال رِبحٌ (لا يَلزَمُه الاقتِضاءُ) لأنه وَكيلٌ مَحْضٌ، وهو مُتبرِّعٌ، فلا جَبْرَ على الْمُتبرِّع.

(ويوكِّلُ) الْمُضارِبُ (المالِكَ) أي ربَّ المالِ (عليه) أي على الاقتِضاء؛ لأن حُقوقَ العَقدِ تَتعلَّقُ بالعاقِد، وربُّ المالِ ليس بعاقِدٍ، فلا يَتمكَّنُ من الْمُطالَبة إلا بتَوكيلٍ، فيُؤمَرُ بالتَّوكيل؛ كي لا يَضيعَ حقُّه.

وعلى هذا: كلُّ وَكيلٍ بالبَيع وكلُّ مُستبضِعٍ إذا امتَنَع من التَّقاضِي: لا يُجبَرُ عليه، ولكن يُجبَرُ على أن يُحيلَ صاحِبَ المالِ؛ كي لا يَضيعَ حقُّه.

(والسِّمسارُ) بكَسر السِّينِ، وهو: الْمُتوسِّط بين البائعِ والْمُشتَري، فارسِيَّةٌ مُعرَّبةٌ، ويُجمَعُ على سَماسِرةٍ، يَبيعُ ويَشتَري للنّاس بأجرٍ من غَير أن يُستأجَرَ، وهو (يُجبَرُ على التَّقاضِي) لأنه يَبيعُ ويَشتَري للنّاس عادةً

(١) المراد من افتراق رب المال والمضارب: فسخُهُما عقد المضاربة. اهـ إتقاني. شلبي ٥/٦٧.

وما هَلَكَ من مال الْمُضارَبةِ: فمن الرِّبح، فإن زادَ الهالِكُ على الرِّبح: لم يَضمَن الْمُضارِبُ.

فإن قُسِم الرِّبحُ وبَقِيت الْمُضارَبةُ، ثم هَلَك المالُ أو بعضُه: تَرادَّا الرِّبحَ؛ ليَأخُذَ المالِكُ رأسَ مالِه، ....

بأجرةٍ، فجُعِل ذلك بمَنزِلة الإجارةِ الصَّحيحةِ بحُكم العادةِ، فيَجِبُ عليه التَّقاضِي والاستيفاءُ.

ولو استَأجَره بأُجرةٍ مَعلومةٍ على أن يَشتريَ أو يَبيعَ شيئًا مَعلومًا: لا تَجوزُ الإجارةُ؛ لأنه استُؤجِر على عمَلٍ لا يَقدِرُ على إقامته بنَفسه، والحِيلةُ في جَوازه: أن يَستأجِرَه يومًا للخِدمة، فيَستعمِلَه في البَيع والشِّراءِ إلى آخِر الْمُدّةِ.

(وما) أي كلُّ شيءٍ (**هَلَكَ من مال الْمُضارَبةِ: فمن الرِّبح**) أي فيُجعَلُ منه؛ لأنه تابعٌ، ورأسُ المالِ أصلٌ، فيُصرَفُ الهالِكُ إلى التّابع، كما في العَفو في الزَّكاة (**فإن زادَ الهالِكُ على الرِّبح**) مثلًا: كان رأسُ المالِ ألفًا، والرِّبحُ مائةً، والهالِكُ مائةً وخَمسين (**لم يَضمَن الْمُضارِبُ**) لأنه أمينٌ، فلا يكونُ ضَمينًا.

(**فإن قُسِم الرِّبحُ**) بين المالِكِ والْمُضارِبِ (**وبَقِيت الْمُضارَبةُ**) بأن لم يَفسَخاها (**ثم هَلَكَ المالُ**) كلُّه (**أو**) هَلَك (**بعضُه: تَرادَّا**) أي المالِكُ والْمُضارِبُ (**الرِّبحَ ليَأخُذَ المالِكُ رأسَ مالِه**) لأن الرِّبحَ تابعٌ، كما ذَكَرنا، فلا يَسلَمُ بدون سَلامةِ الأصلِ.

وما فَضَل فهو بينَهما، وإن نَقَص: لم يَضمَن الْمُضارِبُ.

وإن قُسِم الرِّبحُ وفُسِخت، ثم عَقَداها، فهَلَك المالُ: لم يَترادَّا الرِّبحَ الأوَّلَ.

(وما فَضَل) من رَأس المالِ بعد التَّرادِّ (فهو بينَهما) أي بينَ المالِكِ والْمُضارِبِ؛ لأنه رِبحٌ؛ لأن ربَّ المالِ لم يَبقَ له حقٌّ بعد استيفاءِ مالِه إلا في الرِّبح (وإن نَقَص) رأسُ المالِ، بأن لم يكن الرِّبحُ قَدْرَه (لم يَضمَن الْمُضارِبُ) لأنه أمينٌ فيه.

(وإن قُسِم الرِّبحُ) بينهما (وفُسِخت) الْمُضارَبةُ (ثم عَقَداها) أي الْمُضارَبةَ ثانيًا (فهَلَك المالُ: لم يَترادَّا الرِّبحَ الأوَّلَ) لأن الْمُضارَبةَ الأُولى قد انتَهَت بالفَسخ، وثُبوتُ الثَّانيةِ بعَقدٍ جَديدٍ، فهَلاكُ المالِ في الثَّانية لا يُوجِبُ انتِقاضَ الأُولى، فصار كما إذا دَفَع إليه مالًا آخَرَ.

فصل فيما يَفعَلُه الْمُضارِبُ

ولا تفسُدُ الْمُضارَبةُ بدَفع المال إلى المالِك بِضاعةً.

فإن سافَر . فطَعامُه، وشَرابُه، ....

هذا (فصلٌ) فيما يَفعَلُه الْمُضارِبُ[1]

(ولا تفسُدُ الْمُضارَبةُ بدَفع) الْمُضارِبِ (المال إلى المالِك) أي إلى ربِّ المالِ (بِضاعةً) وقال زفرُ: تَفسُدُ، ولا يَستحِقُّ الْمُضارِبُ من رِبحه شيئًا؛ لأنه ردَّ مالَه إليه، ولنا: أنه يَصلُحُ أن يَكونَ وَكيلًا للمُضارِب، كالأجنَبيِّ، فجاز تَصرُّفُه حقًّا له، فلا يَكونُ أخذُه لا على وَجه الفسخِ مُبطِلًا لها، كالرَّهن إذا استَعاره الراهنُ[2] لا يَكونُ فَسخًا له.

(فإن سافَر) الْمُضارِبُ للتِّجارة في مال الْمُضارَبةِ (فطَعامُه، وشَرابُه،

---

(١) قال في «التبيين» ٥/ ٦٨: اعلم أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع:
نوع يملكه بمطلق عقد المضاربة: وهو ما هو معتاد بين التجار، كالرهن والارتهان والإيجار والاستئجار للركوب أو الحمل والشراء له...
ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له اعمل برأيك: وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلتحق به عند وجود الدلالة، وذلك مثل دفع المال مضاربة، أو شركة، وخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره؛ لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره، وهو أمر عارض لا تتوقف التجارة عليه فلا يدخل تحت مطلق العقد، ولكنه هو طريق في التثمير، فمن هذا الوجه موافق له، فيدخل فيه عند وجود الدلالة، وقوله: اعمل برأيك: دالٌّ عليه.
ونوع لا يملكه بمطلق العقد، ولا بقوله اعمل برأيك، إلا أن ينص عليه: وهو الاستدانة؛ لأن فيه شغل ذمته بالدين، فلا يدل عليه اللفظ.

(٢) في سوى (أ): المرتهن.

وكِسوتُه، ورُكوبُه: في مال الْمُضارَبةِ، وإن عَمِل في الْمِصر: فنَفَقتُه في ماله، كالدَّواء.

وكِسوتُه، ورُكوبُه) في الطَّريق (في مال الْمُضارَبةِ) لأن النَّفَقةَ تَجِبُ بسَبَب الاحتِباسِ، كنَفَقة القاضِي والزَّوجةِ، فإذا سافَر صار مَحبوسًا به، فتَجِبُ مُؤنتُه الرّاتِبةُ فيه.

(وإن عَمِل) الْمُضارِبُ (في الْمِصر: فنَفَقتُه في ماله) أي في مال نفسِه؛ لأنه لم يُحتبَس بمال الْمُضارَبةِ، فلا تَجِبُ له النَّفَقةُ فيه..

وذلك (كالدَّواء) فإنه في ماله مُطلَقًا، وعن أبي حنيفةَ: أن الدَّواءَ من مال الْمُضارَبةِ؛ لأنه لإصلاح بدَنِه.

وكذلك النُّورةُ والدُّهنُ في قَولهما، وقال محمدٌ: الدُّهنُ في المال، ورَوى الحسَنُ أنه إذا احتَجَم، أو اطَّلى، أو اختَضَب، أو أكَل فاكِهةً، مِثلَ ما يَصنَعُ التُّجارُ: فذاكَ من مال الْمُضارَبةِ، والْمَكانُ القَريبُ من مِصره بمَنزِلة مِصرِه.

والفاصِلُ: أنه إذا كان في مَكانٍ بحيث يُمكِنُه أن يَغدُوَ ويَروحَ[1] إلى مَنزِله: فهو كمِصره، وإن لم يُمكِنه أن يَبيتَ في مَنزِله فمُؤنتُه في مال الْمُضارَبةِ.

ومن مُؤنته الواجِبةِ فيه: غَسلُ ثِيابِه، وأُجرةُ من يَخدُمُه، وعَلَفُ دابّتِه التي يَركَبُها، وأُجرةُ الحَمّامِ، والحَلّاقِ، وقصّ الشّارِبِ، كلُّ ذلك من

(١) في (ب): أو يروح.

فإن رَبِح: أَخَذ المالِكُ ما أَنفَق من رَأس المالِ.
فإن باع الْمَتاعَ مُرابَحةً: حَسَب ما أنفَق عليه، لا على نَفسه.
ولو قَصَره ....

مال الْمُضارَبةِ.

ولو رَجَع إلى بَلَده وفي يَده شيءٌ من النَّفَقة: رَدَّه إلى مال الْمُضارَبةِ، كالحاجِّ عن الغَير إذا بَقِي شيءٌ في يَده يَرُدُّه إلى الْمَحجوج عنه أو إلى وَرَثَته.

(فإن رَبِح) الْمُضارِبُ (أَخَذ المالِكُ) قَدْرَ (ما أَنفَق) الْمُضارِبُ (من رَأس المالِ) حتى يُتِمَّ به رأسَ المالِ، فإذا استَوفى رأسَ المالِ وفَضَل شيءٌ: اقتَسَماه؛ لأن رأسَ[1] المالِ أصلٌ، والرِّبحَ تَبَعٌ، فلا يَسلَمُ لهما التَّبَعُ حتى يَسلَمَ لربِّ المالِ الأصلُ[2].

(فإن باع) الْمُضارِبُ (الْمَتاعَ) بَيعًا (مُرابَحةً: حَسَب ما أَنفَق عليه) أي على الْمَتاع من أجرة الحَمْلِ، والطِّرازِ[3]، وأُجرةِ السِّمسارِ، والصَّبّاغِ، والقَصّارِ، ونحوِ ذلك مما مرَّ ذِكرُه في باب الْمُرابَحةِ، ويَقولُ: قام عليَّ بكذا (لا) يَحسِبُ ما أَنفَق (على نَفسه) في سَفَره؛ لعَدَم العُرفِ بذلك.

(ولو قَصَره) أي ولو قَصَر الْمُضارِبُ الثَّوبَ الذي اشتَراه بمال

(١) في (أ): كان رأس.
(٢) في (أ): حتى يسلم رأس المال الأصل.
(٣) الطراز: علم الثوب. «المصباح» ٢/ ٣٧١، وتقدم.

أو حَمَله بماله، وقِيل له: اعمَل برَأيك: فهو مُتطوِّعٌ.
وإن صَبَغه أحمَرَ: فهو شَريكٌ بما زاد الصِّبغُ فيه، ولا يَضمَنُ.

الْمُضارَبةِ بمالٍ من عنده (**أو حَمَله**) أي أو حَمَل الْمَتاعَ الذي اشتَراه بمال الْمُضارَبةِ (**بماله**) أي بمال نفسِه، وهو يَرجِعُ إلى الْمَوضِعَين (و) الحالُ أنه قد (**قِيل له**) أي للمُضارِب، أي قد قال له ربُّ المالِ (**اعمَل برَأيك**) واشتَرى بمال الْمُضارَبةِ كلِّه مَتاعًا، ثم نَقَله، أو قَصَر الثِّيابَ التي استراها فيه:

(**فهو**) أي الْمُضارِبُ (**مُتطوِّعٌ**) في ما أنفق؛ لأن رأسَ المالِ لم يَبقَ منه شيءٌ، فيَكونُ تَنفيذُه على ربِّ المالِ بعد ذلك استِدانةً من غَير إذنِه، وهو لا يَجوزُ، وكذا لو زاد على الثَّمَن، بأن اشتَرى بأكثرَ مِن رأسِ المالِ يَكونُ مُتطوِّعًا في الزِّيادة.

(**وإن صَبَغه**) أي وإن صَبَغ الْمُضارِبُ الثَّوبَ الذي اشتَراه بمال الْمُضارَبةِ صِبغًا (**أحمَرَ**) بمالٍ مِن عنده (**فهو شَريكٌ بما زاد الصِّبغُ فيه**) أي في الثَّوب؛ لأنَّ الصِّبغَ عينُ مالٍ قائمٌ، وقد اختَلَط الصِّبغُ بمال الْمُضارَبةِ، وهو مُتقوَّمٌ، فيَكونُ شَريكًا ضَرورةً.

(**ولا يَضمَنُ**) الْمُضارِبُ بهذا الخَلْطِ؛ لأنه مَأذونٌ فيه؛ لأن قولَه: (اعمَل برَأيك): يَنتظِمه[1]، فلا يَكونُ به مُتَعدِّيًا، بل يَكونُ شَريكًا، كما إذا هَبَّت الرِّيحُ في ثَوب إنسانٍ فألقَتْه في صِبغ غيرِه، أو اختَلَط مالُ

---

(١) في (ز) و(ح): يتضمنه.

معه ألفٌ بالنِّصف، فاشتَرى به بَزًّا، وباعَه بألفَين، واشتَرى بهما عبدًا، فضاعا: غَرِما ألفًا، وغَرِم المالِكُ ألفًا، ورُبُعُ العبدِ للمُضارِب، وباقِيه على الْمُضارَبة، ....

الْمُودَعِ بمال الْمُودِعِ بغَير صُنعِه، بخِلاف ما إذا لم يَقُل له: اعمَل برَأيك؛ فإنه لا يَكونُ شَريكًا، بل يَضمَنُ، كالغاصِب.

(معه) أي مع الْمُضارِبِ (ألف) دِرهَم (بالنِّصف، فاشتَرى) الْمُضارِبُ (به) أي بالألف الذي معه (بَزًّا، وباعَه) أي البَزَّ (بألفَين، واشتَرى بهما) أي بالألفَين (عبدًا، فضاعا) أي الألفان قبلَ النَّقدِ لبائِع العبدِ (غَرِما) أي غَرِم الْمُضارِبُ والمالِكُ (ألفًا) لصاحِب العبدِ (وغَرِم) له أيضًا (المالِكُ) أي ربُّ المالِ وحدَه (ألفًا) آخرَ؛ لأن المالَ لما صار ألفَين ظَهَر الرِّبحُ في المال، وهو ألفٌ، فكان بينَهما نِصفَين، فنَصيبُ الْمُضارِبِ منه خَمسُمائةٍ.

فإذا اشتَرى بالألفَين عبدًا صار مُشترَكًا بينَهما، فرُبُعُه للمُضارِب، وثَلاثةُ أرباعِه لربِّ المالِ.

ثم إذا ضاع الألفان قبلَ النَّقدِ كان عليهما ضَمانُ ثَمَنِ العبدِ على قَدْر مِلكِهما في العَبد: فرُبُعُه على الْمُضارِب، وهو خَمسُمائةٍ، وثَلاثةُ أرباعِه على ربِّ المالِ، وهو ألفٌ وخَمسُمائةٍ.

(و) بعد ذلك يَكونُ (رُبُعُ العبدِ للمُضارِب) لما ذَكَرنا (وباقِيه) أي وباقِي العبدِ -وهو ثَلاثةُ الأرباعِ- يَكونُ (على الْمُضارَبة) لأن نَصيبَ الْمُضارِبِ

ورأسُ المالِ ألفان وخَمسُمائةٍ، ويُرابِحُ على ألفَين.

وإن اشتَرى من المالِك بألف عبدًا اشتَراه بِنِصفه: رابَح بنِصفه.

خَرَج عن الْمُضارَبة؛ لأنه صار مَضمونًا عليه، ومالُ الْمُضارَبةِ أمانةٌ، وبينَهما تَنافٍ، ونَصيبُ ربِّ المالِ على الْمُضارَبة؛ لعَدَم ما يُنافِيها.

(**ورأسُ المالِ**) وهو جَميعُ ما دَفَع ربُّ المالِ إلى الْمُضارِب، وهو (**ألفان وخَمسُمائةٍ**) لأنه دَفَع إليه أوَّلًا ألفًا، ثم ألفًا وخَمسَمائةٍ، ولا يَبيعُ العبدُ مُرابَحةً إلا على ألفَين؛ لأنه اشتَراه بألفَين، وهو مَعنى قولِه: (**ويُرابِحُ**) الْمُضارِبُ في بَيع العبدِ (**على ألفَين**).

ولو باع العبدَ بعد ذلك بأربَعة آلافٍ كان للمُضارِب رُبُعُه، وهو ألفٌ، والباقِي للمُضارَبة، وهو[1] ثَلاثةُ آلافٍ، فألفان وخَمسُمائةٍ منها رأسُ المالِ، وخَمسُمائةٍ رِبحٌ بينهما نِصفان.

(**وإن اشتَرى**) الْمُضارِبُ (**من المالِك بألف**) دِرهَم (**عبدًا اشتَراه**) المالِكُ (**بِنِصفه**) أي بنِصف الألفِ: (**رابَح**) الْمُضارِبُ، يَعني: له أن يَبيعَه مُرابَحةً (**بنِصفه**) أي بنِصف الألفِ، وهو خَمسُمائةٍ، ولا يجوزُ أن يَبيعَه مُرابَحةً على ألفٍ؛ لأن بَيعَه من الْمُضارِب كبَيعه من نَفسه؛ لأنه وَكيلُه، فيَكونُ بيعُ مالِه بماله، فيَكونُ كالْمَعدوم.

ولو كان بالعَكس، بأن اشتَرى الْمُضارِبُ عبدًا بخَمسِمائةٍ، فباعَه من ربِّ المالِ بألفٍ: يَبيعُه مُرابَحةً على خَمسِمائةٍ؛ لأن البيعَ الجاريَ

(١) في (أ): وهي.

معه أَلفٌ بالنِّصف، فاشتَرى به عبدًا قِيمتُه أَلفان، فقَتَل رجلًا خطأً: فثَلاثةُ أرباعِ الفِداءِ على المالِك، ورُبُعُه على المُضارِب، والعبدُ يَخدُمُ المالِكَ ثَلاثةَ أيّامٍ، والمُضارِبَ يومًا.

معَه أَلفٌ، فاشتَرى به عبدًا، وهَلَك الثَّمَنُ قبلَ النَّقدِ: دَفَع المالِكُ ..

بينَهما كالمَعدوم.

(معه) أي مع المُضارِبِ (أَلف) دِرهَم (بالنِّصف، فاشتَرى به) أي بالألف (عبدًا قِيمتُه أَلفان، فقَتَل) العبدُ (رجلًا) قتلًا (خطأً: فثَلاثةُ أرباعِ الفِداءِ) الذي يُدفَعُ إلى وليِّ المَقتولِ (على المالِك، ورُبُعُه) أي رُبُعُ الفِداءِ الباقِي (على المُضارِب) لأن مالَ المُضارَبةِ إذا كان عَينًا واحِدةً قِيمتُها أكثرُ من رَأس المالِ: يَظهَرُ فيها الرِّبحُ[1]، وهو أَلفٌ ههنا بينَهما نِصفان، وألفٌ لربِّ المالِ برَأس مالِه؛ لأن قِيمتَه أَلفان، فصار الفِداءُ بينهما على هذا الوجهِ أرباعًا، فثَلاثةُ أرباعِه على ربِّ المالِ، والرُّبُعُ على المُضارِب.

(والعبدُ يَخدُمُ المالِكَ ثَلاثةَ أيّامٍ، و) يَخدُمُ (المُضارِبَ يومًا) بحُكم الاشتِراكِ بينَهما؛ لأنه بحُكم الفِداءِ كأنهما اشتَرياه.

(معَه) أي مع المُضارِبِ (أَلف) دِرهَم (فاشتَرى به) أي بالألف (عبدًا، وهَلَك الثَّمَنُ) وهو الألفُ (قبلَ النَّقدِ) أي قبلَ دَفعِه إلى البائِع (دَفَع المالِكُ) إلى البائِع ....

(1) في (أ): يطهر الربح.

أَلفًا آخَرَ، ثُمَّ وثُمَّ، ورأسُ المالِ جَميعُ ما دَفَع.

معه أَلفان، فقال: دَفَعتَ إليَّ ألفًا، ورَبِحتُ ألفًا، وقال المالِكُ: دَفَعتُ ألفَين: فالقولُ للمُضارِب.

معه أَلفٌ، فقال: هو ....

(ألفًا آخَرَ) ولا يَلزَمُ الْمُضارِبَ؛ لأن المالَ أمانةٌ في يَده (ثُمَّ) إذا جَهَّز المالِكُ ألفًا آخَرَ ليَدفَعَه إلى البائِع، وهَلَكت قبلَ النَّقدِ: يَدفَعُ إليه ألفًا آخَرَ (وثُمَّ) كذلك أبدًا إلى ما لا يَتَناهى.

(ورأسُ المالِ) في الْمُضارَبة يَكونُ (جَميعَ ما دَفَع) المالِكُ من الألفَين والثَّلاثةِ آلافٍ وأكثرَ، بخِلاف الوَكيلِ؛ حيث لا يَرجِعُ عند هَلاكِ الثَّمَنِ بعد الشِّراءِ إلا مرّةً واحِدةً، والفرقُ: أن يدَ الْمُضارِبِ أمانةٌ، ولا يُمكِنُ حَملُه على الاستيفاء، بخِلاف الوَكيلِ؛ فإنَّ قَبْضَه بعدَ الشِّراءِ استِيفاءٌ، فيَصيرُ مَضمونًا عليه.

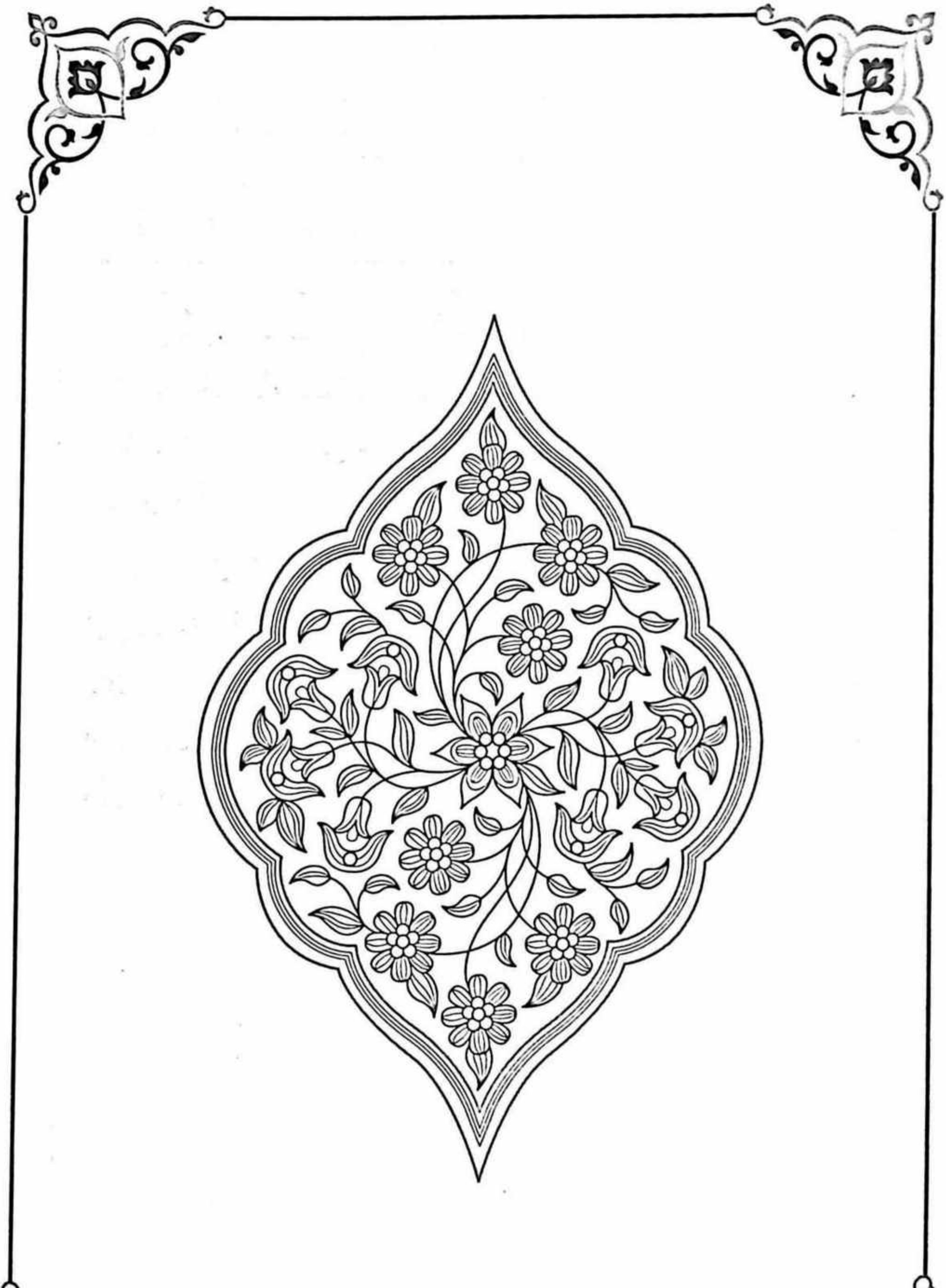
(معه) أي مع الْمُضارِبِ (أَلفان، فقال) لربِّ المالِ (دَفَعتَ إليَّ ألفًا، ورَبِحتُ ألفًا، وقال المالِكُ: دَفَعتُ) إليك (ألفَين: فالقولُ للمُضارِب) وقال زفرُ: القولُ لربِّ المالِ، وهو قولُ أبي حنيفةَ أوَّلًا؛ لأن الْمُضارِبَ يَدَّعي الرِّبحَ والشَّرْكةَ فيه، وربُّ المالِ يُنكِرُه، فالقولُ قولُ الْمُنكِرِ، ثم رَجَع وقال: القولُ قولُ الْمُضارِبِ، وهو قولُهما؛ لأن حاصِلَ اختِلافِهما في الْمَقبوضِ، فالقولُ قولُ القابِضِ في مِقدار الْمَقبوضِ، أمينًا كان أو ضَمينًا.

(معه) أي مع الْمُضارِبِ (أَلف) دِرهَمٍ (فقال: هو) أي الألفُ ......

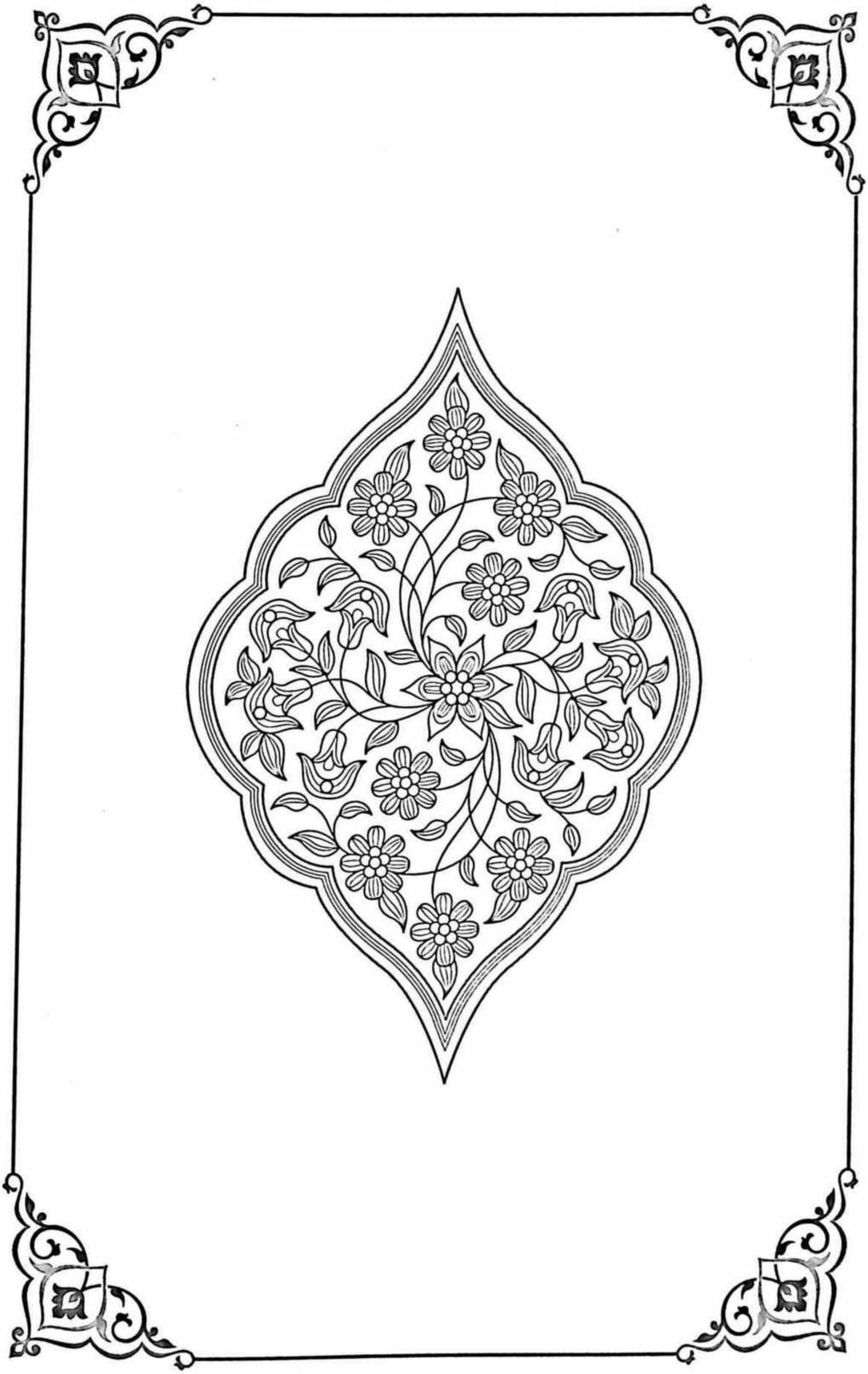
مُضارَبةٌ بالنِّصف، وقد رَبِح ألفًا، وقال المالِكُ: بِضاعةٌ: فالقولُ للمالِك.

(مُضارَبةٌ بالنِّصف، و) الحالُ أنه (قد رَبِح ألفًا، وقال المالِكُ) هو (بِضاعةٌ) أبضَعتُه لك (فالقولُ للمالِك) لأن الْمُضارِبَ يَدَّعي عليه تقَوُّمَ عمَلِه، أو الشِّرْكةَ في ماله، أو شَرطًا من جِهَته، وربُّ المالِ يُنكِرُ، فالقولُ قولُه.

ولو قال الْمُضارِبُ: أقرضتَني، وقال ربُّ المالِ: هو وَديعةٌ، أو بِضاعةٌ، أو مُضارَبةٌ: فالقولُ لربِّ المالِ، والبَيِّنةُ بَيِّنةُ الْمُضارِبِ؛ لأن الْمُضارِبَ يَدَّعي عليه التَّملُّكَ، وهو يُنكِرُ، ولو كان بالعَكس كان القولُ للمُضارِب، وأيُّهما أقامَ البيِّنةَ قُبِلت، ولو أقاما: كانَت بَيِّنةُ ربِّ المالِ أولى؛ لأنها أكثرُ إثباتًا.



كتاب الوديعة



كتاب الوَديعةِ

الإيداعُ: تَسليطُ الغيرِ على حِفظ مالِه.

والوَديعةُ: ما يُترَكُ عند الأمينِ.

هذا (كِتابٌ) في بَيان أحكامِ (الوَديعةِ)

هي: فَعيلةٌ، مِن الوَدْعِ، وهو مُطلَقُ التَّركِ، قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَيَنتهيَنَّ أقوامٌ عن وَدْعِهم الجَماعاتِ»[1]، أي عن تَركِهم إياها، وكذلك الإيداعُ، من الوَدْع.

وفي الشَّرع: (الإيداعُ: تَسليطُ الغيرِ على حِفظ مالِه).

(والوَديعةُ) اسمٌ لما يُترَكُ مُطلَقًا في اللُّغةِ، وفي الشَّرع: هي (ما يُترَكُ عند الأمينِ) حتى إذا هَلَكت في يَده لا يَضمَنُ؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ليس على الْمُودَع غيرُ الْمُغِلِّ ضَمانٌ»، رَواه الدّارَقُطنيُّ[2]، والْمُغِلُّ: الخائنُ.

---

(١) رواه مسلم (٨٦٥) بلفظ: الجمعات، وبلفظ الجماعات ابن ماجه (٧٩٤).

(٢) روى الدارقطني (٢٩٦١): عن عمرو بن عبد الجبار، عن عبيدة بن حسان، عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودَع غير المغل ضمان». عمرو وعبيدة ضعيفان، وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع. ثم رواه عن شريح. ورواه البيهقي (١١٤٨٦).

وهي أمانةٌ، فلا يَضمَنُ بالهَلاك.

وللمُودَع أن يَحفَظَها بنَفسه، وبعِياله، فإن حَفِظها بغَيرهم: ضَمِن،

(وهي) أي الوَديعةُ (أمانةٌ) في يَد الْمُودَعِ (فلا يَضمَنُ) الْمُودَعَ (بالهَلاك) لما رَوَينا، وهذا بالإجماع، إلا عندَ مالِكٍ: لو سُرِقت ولم يُسرَق معها مالُه.

(وللمُودَع أن يَحفَظَها) أي الوَديعةَ (بنَفسه وبعِياله) لأنه التَزَم أن يَحفَظَها بما يَحفَظُ به مالَه، وذلك بالحِرز واليدِ.

أما الحِرزُ: فدارُه، ومَنزِلُه، وحانُوتُه، سواءٌ كانت مِلكًا، أو إجارةً، أو عاريةً[1].

وأمّا اليدُ: فيدُ نفسِه، وزَوجتِه، وزوجِها، وأمَتِه، وعبدِه، وأجيرِه الخاصِّ بالْمُشاهَرةِ بشَرطِ أن يكونَ طعامُه وكِسوتُه عليه، دونَ الأجيرِ بالمياوَمةِ، وولدِه الكبيرِ إن كان في عيالِه..

وعندَ الشّافعيِّ وأشهبَ المالِكيِّ: يَضمَنُ بالدَّفع إلى مَن في عِياله، وتُعتَبرُ الْمُساكَنةُ وحدَها دون النَّفقةِ، حتى إن الْمَرأةَ لو دفَعَتها إلى زَوجها لا تَضمَنُ، وإن لم يكن الزَّوجُ في عِيالها؛ لأن العِبرةَ في هذا البابِ للمُساكَنة دونَ النَّفقةِ، وقِيل: تُعتَبرُ الْمُساكَنةُ مع النَّفقةِ.

(فإن حَفِظها) أي الوَديعةَ (بغَيرهم) أي بغَير مَن في عِياله (ضَمِن) لأن صاحِبَها لم يَرضَ بيَد غيرِه، والأيدِي تَختلِفُ في الأمانة، ولكن رُوِي عن

(١) في (أ): أو إعارة.

إلا أن يَخافَ الحَرَقَ أو الغَرَقَ، فيُسلِّمُها إلى جاره، أو فُلْكٍ آخَرَ.
فإن طَلَب ربُّها، فحَبَسها قادِرًا على تَسليمها، أو خَلَطها ....

محمدٍ: أن الْمُودَعَ إذا دَفَع الوَديعةَ إلى وَكيله وليس في عِيالِه، أو دَفَع إلى أمينٍ من أُمَنائه ممن يَثِقُ به في ماله وليس في عِياله: لا يَضمَنُ، ذَكَره في «النِّهاية»، ثم قال: وعليه الفَتوى، وعَزاه إلى التُّمُرْتاشيّ، وهو إلى الحَلْوانيّ، ثم قال: وعن[1] هذا: لم يَشترِط في «التُّحفة» في حِفظ الوَديعةِ بالعِيال[2]..

(إلا أن يَخافَ) الْمُودَعُ (الحَرَقَ) بأن وَقَعت نارٌ في داره، فخاف هَلاكَ الوَديعةِ، فسَلَّمها إلى جاره (أو) خاف (الغَرَقَ) كذلك (فيُسلِّمُها) أي الوَديعةَ (إلى جاره، أو) كان في فُلْكٍ، فخاف الغَرَقَ، فيُلقِيها في (فُلْكٍ آخَرَ) لأن هذا حِفظٌ، فلا يَضمَنُ به، ولا يُصدَّقُ على ذلك إلا ببيِّنةٍ.

(فإن طَلَب ربُّها) أي صاحِبُها، أي صاحِبُ الوَديعةِ (فحَبَسها) الْمُودَعُ عنه حالَ كونِه (قادِرًا على تَسليمها، أو خَلَطها) أي الوَديعةَ ....

---

(١) في (ج): وغير، وفي (هـ): وعلى. وانظر «التبيين» ٥/ ٧٧.
(٢) فقال: ويلزم المودَعَ حفظُه إذا قبل الوديعة على الوجه الذي يحفظ به ماله.. وذكر فيه أشياء، حتى ذكر أن له أن يحفظ بشريك العنان والمفاوضة وعبده المأذون له الذي في يده ماله، ثم قال: وبهذا يعلم أن العيال ليس بشرط في حفظ الوديعة. وانظر «التبيين» ٥/ ٧٧.
وفي (ب) و(ج): بالمال بدل بالعيال.

بماله حتى لا تَتميَّزَ: ضَمِنها، ....

(بماله حتى لا تَتميَّزَ: ضَمِنها) لأنه مُتَّعدٍ[1]، ويَملِكُ الْمَخلوطَ، ولا سَبيلَ للمُودِعِ فيه عندَ أبي حنيفةَ، وقالا: إذا خَلَطها بجِنسها شَرِكه إن شاء؛ لأنه استِهلاكٌ من وجهٍ[2].

ثم قالُوا: لا يُباحُ للخالِط التَّناوُلُ قبلَ أداءِ الضَّمانِ.

ولو أبرَأ الْمودِعُ الخالِطَ لا سَبيلَ للمُودِع في الْمَخلوط عند أبي حنيفةَ؛ لأن حقَّه في الدَّين لا غيرُ، وقد سَقَط بإبرائه، وعندَهما: يَسقُطُ الخِيارُ، وتَتعيَّنُ الشِّرْكةُ في الْمَخلوط.

قَيَّد بقَوله: (لا تَتميَّزُ)، كالشَّيرَج[3] إذا اختَلَط بالزَّيت: لأنه إذا كان

---

(1) أي بالمنع بعد الطلب، مع القدرة على تسليمها؛ إذ لا يرضى صاحبها بإمساكها بعده، فيكون معزولًا، فصار يده عليها كيد الغاصب، فيضمن. «التبيين» ٥/ ٧٧.

(2) وهذا لأن القسمة فيما لا تتفاوت آحاده إفراز وتعيين، حتى مَلَك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حصته عينًا من غير قضاء ولا رضًا، فكان إمكان الوصول إلى عين حقه قائمًا معنًى، فيتخير.
وله: أنه استهلاك من كل وجه؛ لأنه فعلٌ يتعذر معه الوصول إلى عين حقه، ولا يكون الاستهلاك من العباد أكثر من ذلك؛ لأن إعدام المحل لا يدخل تحت قدرتهم، فيصير ضامنًا، ولا معتبر بالقسمة؛ لأنها توجبها الشركةُ ليصل كل واحد إلى حقه، فلا تصلح أن تكون موجبةً للشركة؛ لأن حكم العلة لا يكون علة العلة. «التبيين» ٥/ ٧٨.

(3) مُعَرَّبٌ من شَيْرَهْ، وهو دُهن السمسم، وربما قيل للدهن الأبيض وللعصير قبل أن يتغير: شَيرَج؛ تشبيهًا به لصفائه، وهو بفتح الشين مثالُ زَينب. «المصباح» ١/ ٣٠٨. وتقدم.

وإن اختَلَط بغَير فِعلِه: اشتَرَكا.

ولو أنفَق بعضَها، فرَدَّ مِثلَه، فخَلَطه بالباقِي: ضَمِن الكُلَّ.

وإن تَعدّى فيها ....

يَتميَّزُ لا يَنقطِعُ حقُّ المالِكِ، كاختِلاط الذَّهَبِ بالفِضّة، ولو اختَلَط القَمحُ بالشَّعير.. قِيل: من قَبيل الأوَّلِ، وهو الصَّحيحُ، وقِيل: لا يَنقطِعُ حقُّ المالِكِ؛ لإمكان التَّمييزِ في الجُملة.

ولو خَلَط المائعَ بجِنسه يَنقطِعُ حقُّ المالِكِ عند أبي حنيفةَ، وعند أبي يوسف: يُجعَلُ الأقلُّ تابِعًا للأكثَر، وعند محمدٍ: شَرِكه بكلِّ حالٍ.

ولو خَلَط الفِضّةَ بالفِضّة بعد الإذابةِ صار من المائِعات، فيَكونُ على الخِلاف الْمَذكورِ.

(وإن اختَلَط) الْمُودَعُ[1] بمال الْمُودَعِ (بغَير فِعلِه: اشتَرَكا) لأن الضَّمانَ لا يَجِبُ عليه إلا بالتَّعدِّي، ولم يُوجَد، فيَشتَرِكان ضَرورةَ شِرْكةَ أملاكٍ.

(ولو أنفَق) الْمُودَعُ (بعضَها) أي بعضَ الوَديعةِ (فرَدَّ مِثلَه) أي مِثلَ ما أنفَق (فخَلَطه بالباقِي: ضَمِن الكُلَّ) لأنه ضَمِن البَعضَ بالإنفاق، فصار[2] ضامِنًا للبَعض الآخَرِ؛ لكَونه خَلَط مالَه بها، وعند الثَّلاثةِ: يَضمَنُ ما أَنفَق فقط، وعن مالِكٍ: لا يَضمَنُ ما أنفَق أيضًا.

(وإن تَعدّى فيها) أي في الوَديعة، بأن كانَت دابّةً فرَكِبها ....

(١) أي الوديعة.

(٢) في سوى (أ): وصار.

ثم أزال التَّعدِّيَ: زال الضَّمانُ، بخِلاف الْمُستعيرِ والْمُستأجِرِ، وإقرارِه بعدَ جُحودِه.

(ثم أزال[1] التَّعدِّيَ: زال الضَّمانُ) خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه صار غاصِبًا بالخِلاف[2]، فصار كما لو جَحَد، وبه قال مالِكٌ وأحمدُ، ولنا: أن الضَّمانَ وَجَب دَفعًا للضَّرَر الواقِعِ، وقد ارتَفَع بالعَود إلى الوِفاق، فلا يَضمَنُ..

(بخِلاف الْمُستعيرِ والْمُستأجِرِ) للعَين، إذا تَعدّى في العَين الْمُستَعارةِ والْمُستأجَرةِ، ثم أزال التَّعدِّيَ: لا يَبرأُ عن الضَّمان؛ لأن البَراءةَ منه إنما تَكونُ بإعادة يدِ المالِكِ حَقيقةً أو حُكمًا، ولم يُوجَد ذلك، بخِلاف الْمُودَعِ؛ فإن يدَه يدُ المالِكِ حُكمًا؛ لأنه عامِلٌ له في الحِفظ..

(و) بخِلاف (إقرارِه) أي إقرارِ الْمُودَعِ بالوَديعة (بعدَ جُحودِه) أي إنكارِه لها؛ لأن الجُحودَ رَفعٌ للعَقد، فيَنفسِخُ به العَقدُ، فلا يَعودُ إلا بعَقدٍ جَديدٍ، وقال أبو يوسف: إذا جَحَدها عند غيرِ صاحِبِها، أو عندَه حينَ سَأله عن حالها من غَير أن يَطلُبَ منه الرَّدَّ، أو طَلَب منه الرَّدَّ عند من يُخافُ عليها منه، فجَحَدها: لا يَضمَنُ؛ لأنه من باب الحِفظِ في هذه الْمَواضِعِ.

ولو سَأله أجنَبيٌّ: أعندَك وَديعةُ فُلانٍ؟ فقال لا: لا يَضمَنُ عندنا، خِلافًا لزفرَ.

(١) في (ب) و(هـ): ثم زال.

(٢) أي بمخالفة المودِع.

وله أن يُسافِرَ بها عند عدَمِ النَّهي والخَوفِ.

(وله) أي للمُودَع (أن يُسافِرَ بها) أي بالوَديعة (عند عدَمِ النَّهيِ) من صاحِب الوَديعةِ (و) عندَ عدَمِ (الخَوفِ) عليها بالإخراج، وهذا على إطلاقه قولُ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسف: له الخُروجُ بها إلى مَسافةٍ قَصيرةٍ، وإن طالَت لا يَخرُجُ بما له حَمْلٌ ومُؤنةٌ؛ لأنه يَلزَمُه مُؤنة الردّ؛ لأن القَصيرةَ لا يُخافُ فيها عادةً، وقال محمدٌ: لا يَخرُجُ بما له حَمْلٌ ومُؤنةٌ.

وقال الشّافعيُّ: ليس له أن يَخرُجَ بها مُطلَقًا، وبه قال مالِكٌ؛ لأنه عَرَّض المالَ على الهلاك؛ لأن الْمَفازةَ مُهلِكةٌ.

ولأبي حنيفةَ: أنه أمَره بالحِفظ مُطلَقًا، وقد أتى به، وما ذُكِر من الْمُؤنة من ضَرورات حِفظِ مالِه، فلا يأباهُ.

ولو كان الطَّريقُ مُخيفًا: ليس له أن يُسافِرَ بها إن كان له منه بُدٌّ، وإن لم يكن له بُدٌّ، وسافَر مع أهلِه: لا يَضمَنُ.

ولو نَهاه أن يَخرُجَ بها من الْمِصر، فخَرَج بها: ضَمِن إن كان له منه بُدٌّ، وإن لم يكن له منه بُدٌّ: لا يَضمَنُ.

وأجمَعوا على أنه لو سافَر بها في البَحر يَضمَنُ، قاله الإسبيجابيُّ.

وقال قاضِي خانَ في «شَرح الجامِعِ الصَّغيرِ»: وأجمَعوا على أن الأبَ أو الوَصِيَّ إذا سافَر بمال اليَتيمِ: لا يَضمَنُ.

ولو أودَعا شيئًا: لم يَدفَع المُودَعُ إلى أحَدهما حَظَّه حتى يَحضُرَ الآخَرُ.

والوَكيلُ بالبَيع إذا سافَر بما وُكِّل ببَيعه.. قالُوا: إن قَيَّده بمَكانٍ، بأن قال له: بِعْه بالكُوفة، فسافَر به: يَضمَنُ، وإن أطلَق إطلاقًا، فسافَر به: لا يَضمَنُ إذا سُرِق أو ضاع فيما لا حَمْلَ له، ويَضمَنُ فيما له حَمْلٌ ومُؤنةٌ.

(ولو أودَعا) أي ولو أودَع رَجُلان (شيئًا) عندَ رجلٍ مما يُكالُ أو يُوزَنُ، فحَضَر أحَدُهما يَطلُبُ[1] نَصيبَه: لم يَدفَع إليه، وهو مَعنى قولِه: (لم يَدفَع المُودَعُ) بفَتح الدّالِ (إلى أحَدهما) أي إلى أحَد الاثنَين (حَظَّه) أي نَصيبَه (حتى يَحضُرَ الآخَرُ) عند أبي حنيفةَ رَضِيَ اللهُ عَنهُ، وهو مَرويٌّ عن عليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنهُ[2].

وقالا: له ذلك؛ لأنه طَلَب نَصيبَه، كما لو حَضَرا، وبه قالَت الثَّلاثةُ.

---

(١) في (د): بطل.

(٢) روى ابن أبي شيبة (٢٣٢٧١) عن زاذان، قال: استودع رجلان امرأةً وديعةً وقالا لها: لا تدفعيها لواحد منا حتى نجتمع عندك، ثم انطلقا فغابا، فجاء أحدهما إليها، فقال: أعطيني وديعتي، فإن صاحبي قد مات، فأبت، حتى كثر اختلافه إليها، ثم أعطته، فجاء الآخر بعدُ فقال: هاتي وديعتي، فقالت: قد جاء صاحبك فذكر أنك قد مت، فأخذ وديعتكما مني، فارتفعا إلى عمر، فلما قصا عليه القصة، قال لها عمر: ما أراك إلا قد ضمنت، قالت المرأة: يا أمير المؤمنينَ اجعل عليًّا بيني وبينه، قال لعلي: اقض بينهما يا علي، قال علي: هذه الوديعة عندي، وقد أمرناها ألا تدفع إلى واحد منكما حتى تجتمعا عندها، فأتِ بصاحبك، فلم يضمنها، قال: فرأوا أنهما أرادا أن يذهبا بمال المرأة.

وإن أَودَع رجلٌ عندَ رَجُلَين مما يُقسَمُ: اقتَسَماه، وحَفِظ كلٌّ نِصفَه، ولو دَفَع إلى الآخَر: ضَمِن، بخِلاف ما لا يُقسَمُ.

ولو قال له: لا تَدفَع إلى عِيالك، أو ....

وإن كانَت الوَديعةُ من غَير ذَواتِ الأمثالِ: ليس له ذلك بالإجماع.

(**وإن أَودَع رجلٌ عندَ رَجُلَين مما يُقسَمُ**) كالدَّراهِم والدَّنانيرِ (**اقتَسَماه**) الْمُودَعان (**وحَفِظ كلٌّ**) واحِدٍ منهما (**نِصفَه، ولو دَفَع**) أَحَدُهما ما في يَده (**إلى الآخَر: ضَمِن**) عندَ أبي حنيفةَ، ولا يَضمَنُ القابِض[1]؛ لأنه مُودَعُ الْمُودَعِ.

وقالا: لا يَضمَنان؛ لأنه لما أَودَع عندَهما مع عِلمِه أنه لا يُمكِنُهما الاجتِماعُ على حِفظها في مَكانٍ واحِدٍ: فقد رَضِي بالْمُهايأة والقِسمةِ.

وله: أنه تَرَك الحِفظَ بالوَضع في يَد صاحِبه، وما ذُكِر من الرِّضا.. قُلنا: الْمُصرَّحُ به حِفظُهما[2].

وأمّا الْمُهايأةُ والقِسمةُ: فضَرورةٌ، وهي تَندفِعُ بالقِسمة فيما يُقسَمُ، والْمُهايأةُ فيما لا يُقسَمُ، فلا يَجوزُ الوَضعُ.

(**بخِلاف ما لا يُقسَمُ**) فإنه لا يَضمَنُ بالدَّفع إلى الآخَر؛ لأن المالِكَ رَضِي بثُبوت يدِ كلٍّ واحِدٍ منهما على الانفِراد في الكُلّ.

(**ولو قال**) الْمُودِعُ (**له**) أي للمُودَع (**لا تَدفَع**) الوَديعةَ (**إلى عِيالك، أو**)

---

(١) في سوى (أ): ولا يضمن للقابض.

(٢) أي رضاه بهما معًا لا رضًا بكل واحد على حدة.

احفَظ في هذا البَيتِ، فدَفَعها إلى من لا بُدَّ له منه، أو حَفِظ في بَيتٍ آخَرَ من الدّار: لم يَضمَن، وإن كان له منه بُدٌّ، أو حَفِظها في دارٍ أُخرى: ضَمِن.

قال له: (**احفَظ**) الوَديعةَ (**في هذا البَيتِ**) وأشار إلى بَيتٍ (**فدَفَعها**) الْمُودَعُ (**إلى من لا بُدَّ**) أي لا فِراقَ (**له منه، أو حَفِظ**) الوَديعةَ (**في بَيتٍ آخَرَ من الدّار**) التي يَشتمِلُ على البَيت الذي عَيَّنه وعلى غَيره (**لم يَضمَن**) لأنه لا يُمكِنُه الحِفظُ مع مُراعاةِ هذا الشَّرطِ، فلم يكن مُفيدًا، فيَلغو.

هذا إذا كانَت الوَديعةُ مما يُحفَظُ في يَد من مَنَعه الْمُودِعُ من الدَّفع إليه، مِثلُ أن يَكونَ فرَسًا، فيَمنَعَه من التَّسليم إلى غُلامه، أو يَكونَ عِقدَ جَوهَرٍ، فيَمنَعَه من التَّسليم إلى امرَأته، أو كانَت بُيوتُ الدّارِ مُتساوِيةً.

أما إذا كانَت الوَديعةُ مما لا يُحفَظُ في يَد مَن نَهاه عن الدَّفع إليه، كما إذا كانَت فرَسًا، فنَهاه عن الدَّفع إلى امرَأته، أو كانَت عِقدَ جَوهَرٍ، فنَهاه عن التَّسليم إلى غُلامه، أو كانَت بُيوتُ الدّارِ مُختلِفةً، بأن كان في بَعضها عَوَرٌ: فيَضمَنُ بالْمُخالَفة؛ لأن التَّقييدَ في مِثله مُفيدٌ.

(**وإن كان له**) أي للمُودَع (**منه**) أي من دَفْعها إلى من نَهاه عن دَفْعها إليه (**بُدٌّ**) أي فِراقٌ، بأن نَهاه أن يَدفَعَها إلى امرَأته فُلانةٍ، وله امرَأةٌ أُخرى، أو نَهاه أن يُسلِّمَها إلى غُلامه فُلانٍ، وله غُلامٌ آخَرُ، فخالَفَه (**أو**) قال له: احفَظ في هذا البَيتِ، أو في هذه الدّارِ، و(**حَفِظها في دارٍ أُخرى: ضَمِن**) لأن النّاسَ يَختلِفون ....

ومُودَعُ الغاصِبِ ضامِنٌ، لا مُودَعُ الْمُودَعِ.

في الأمانة والكِياسةِ[1] ومَعرِفةِ طُرُقِ الصِّيانةِ.

(**ومُودَعُ الغاصِبِ ضامِنٌ**) لأنه قَبَض بغَير إذنِ المالِكِ، وإن لم يَعلَم أن الْمُودِعَ غاصِبٌ رَجَع على الغاصِبِ قَولًا واحِدًا، وإن عَلِم فكذلك في الظَّاهِر، وحَكى أبُو اليُسرِ أنه لا يَرجِعُ، وإليه أشار شَمسُ الأئِمّةِ.

(**لا**) يَضمَنُ (**مُودَعُ الْمُودَعِ**) -بفَتح الدّالِ فيهما- عند أبي حنيفةَ، وقالا: يَضمَنُ، فيَكونُ لصاحِبها الخِيارُ، إن شاء ضَمَّن الأوَّلَ، وإن شاء ضَمَّن الثّانيَ، فإن ضَمَّن الأوَّلَ لا يَرجِعُ به على أحدٍ، وإن ضَمَّن الثّاني رَجَع به على الأوَّل؛ لكَونه عامِلًا له؛ لأن الأوَّلَ خائِنٌ[2] بالتَّسليم إلى الثّاني بغَير إذنِ المالِكِ، والثّاني مُتعَدٍّ بقَبضه بغَير إذنِه[3].

وله: أن الأوَّلَ ليس بمُتعدٍّ بمُجرَّد الدَّفعِ ما لم يُفارِقه، فإذا فارَقه صار مُضيِّعًا لها وقتَ التَّفريقِ بتَرك الحِفظِ الْمُلتزَمِ بالعَقد، والقابِضُ منه لم يكن مُتعدِّيًا بالقَبض، بدَليل عدَمِ وُجوبِ الضَّمانِ بالهَلاك قبلَ أن يُفارِقَه الأوَّلُ، وبعد الافتِراقِ لم يُحدِث فِعلًا آخَرَ، بل هو مُستَمِرٌّ

(١) في (ب) و(ج) و(هـ): الكتابة. قال في «مختار الصحاح» ص٢٧٦: الكَيْس بوزن الكيل، ضد الحمق، والرجل كَيِّس مُكَيِّس: أي ظريف، وبابه باع، وكِياسة أيضًا بالكسر.

(٢) في (ج): ضامن. وانظر «التبيين» ٥/ ٨١.

(٣) فنزلا منزلة الغاصب ومودع الغاصب، أو الغاصب وغاصب الغاصب، أو الغاصب والمشتري منه، غير أن الثاني مغرور من جهة الأول، عامل له، فيرجع عليه بما لَحِقه من العهدة. «التبيين» ٥/ ٨١.

معه أَلفٌ، ادَّعى رَجُلان كُلٌّ أنه له، أَودَعه إيّاه، فنَكَل لهما: فالألفُ لهما، وعليه ألفٌ آخَرُ بينهما.

على ذلك الفِعلِ، وهو أمينٌ فيه، فلا يَضمَنُ ما لم يُوجَد منه تَعدٍّ.

وقال ابنُ أَبِي لَيلى: لا يَضمَنُ الْمُودَعُ بالإيداع، ولا مُودَعُ الْمُودَعِ بالقَبض؛ بِناءً على أن له أن يُودِعَ عندَه.

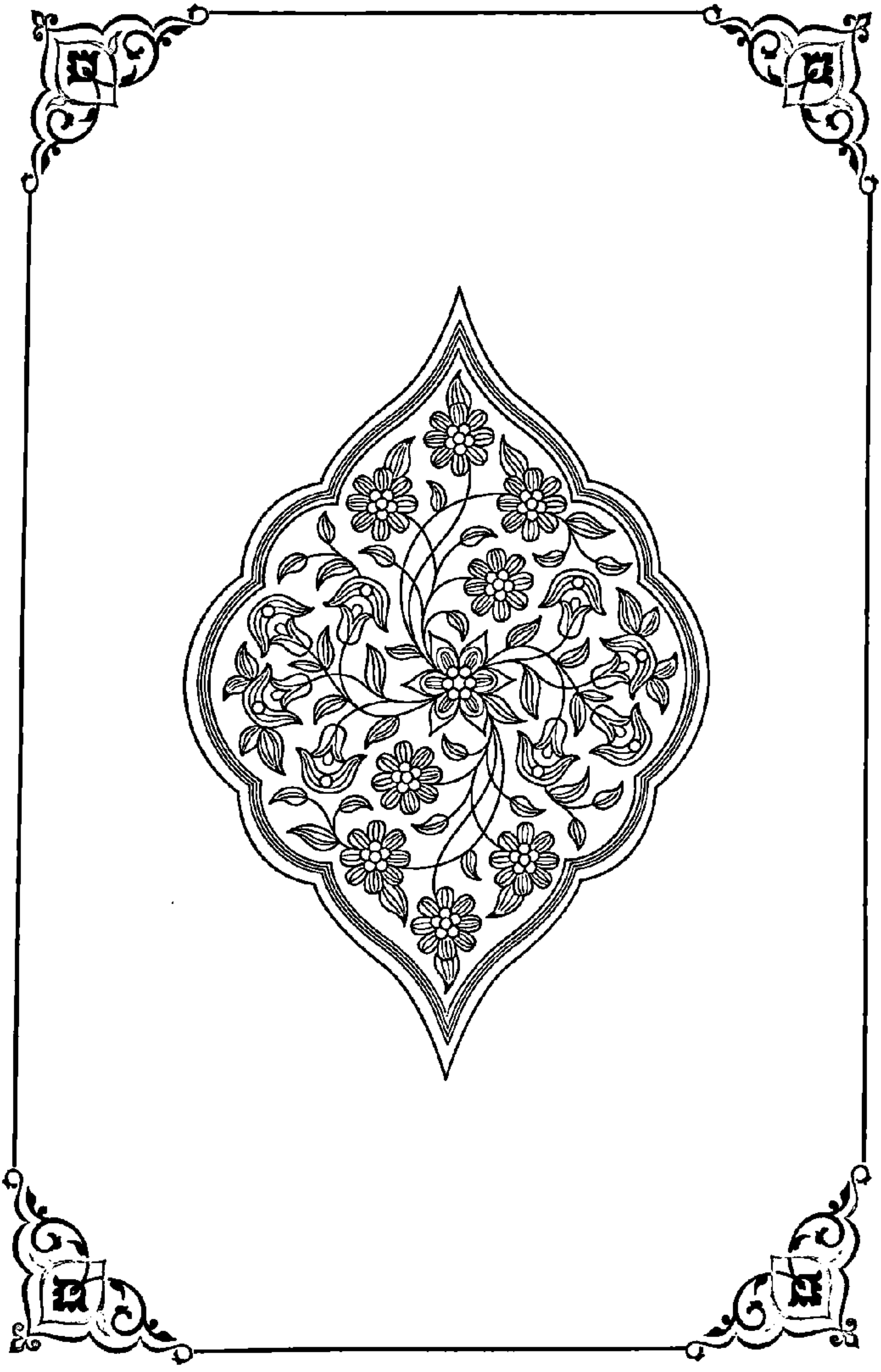
(معه) أي مع رجلٍ (أَلف) دِرهَمٍ (ادَّعى رَجُلان كُلّ) واحِدٍ منهما ادَّعى (أنه) أي أن الألفَ (له، أَودَعه) أي الألفَ (إيّاه) أي الرَّجُلُ (فنكَل) الرَّجُلُ عن الحَلِف (لهما) أي للرَّجُلَين بعدَ أن استَحلَفاه (فالألفُ) الذي مع الرَّجُلِ يَكونُ (لهما) أي للرَّجُلَين (وعليه) أي على الرَّجُل الذي معه الألف (ألفٌ آخَرُ) يَكونُ (بينهما) أي بين الرَّجُلَين؛ لأن دَعواهما صَحيحةٌ، فيَجِبُ عليه اليَمينُ لهما، فإن حَلَف لهما[1] فلا شيءَ لهما عليه؛ لعَدَم الحُجّةِ.

وإن حَلَف لأحَدهما، ونَكَل للآخَرِ: قُضِي به لمن نَكَل له دونَ الآخَرِ؛ لوُجود الحُجّةِ في حقِّه دون الآخَرِ، وإن نَكَل لهما: قُضِي به بينهما؛ لعَدَم الأولَويّةِ، ثم يَجِبُ عليه ألفٌ آخَرُ؛ لإقراره به.

---

(١) سقطت من (أ). وهي ضرورية هنا بدليل ما سيأتي من صورة الحلف لأحدهما، أو النكول لهما، وانظر «التبيين» ٥/ ٨٢.

كتاب العارية



كِتاب العارِيّةِ

هي: تَمليكُ الْمَنفَعةِ بلا عِوَضٍ.

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (العارِيّةِ)

هي مُشتَقّةٌ من التّعاوُر، وهو التّداوُلُ، يُقالُ: تَعاوَرْنا الكَلامَ بينَنا: أي تَداوَلْناه.

وفي الشّرع: (هي) أي العارِيّةُ (تَمليكُ الْمَنفَعةِ بلا عِوَضٍ) وهو اختيارُ أبِي بكرٍ الرّازيِّ، وقال الكَرْخيُّ والشّافعيُّ: هي إباحةُ الْمَنافِعِ، حتى لا يَملِكُ الْمُستَعيرُ إجارةَ ما استَعاره، ولو مَلَك الْمَنافِعَ لَمَلَك إجارتَها[1]، والأوّلُ أصحُّ؛ لأن الْمُستَعيرَ له أن يُعيرَ، ولو كانَت إباحةً لَما مَلَك ذلك.

---

(١) قال الإتقاني: وجه قول الكرخي أنها لو كانت تمليك المنافع لا الإباحة: لكان بيان المدة من شرطها؛ لأن تمليكها مع الجهالة لا يصح، أصله الإجارة، ولأنها لو كانت تمليكًا لجاز إجارة المستعير من غيره كالمستأجر، ولهذا تنعقد بلفظ الإباحة، بأن قال: أبحت ركوب هذه الدابة، أو أبحت لبس هذا الثوب لك، وكذلك يصح نهي المعير المستعير عن الانتفاع، فلو كان تمليكًا لم يصح، كما في الإجارة، ألا ترى أنه لو آجر دابته شهرًا ثم قبل انقضاء المدة لو نهاه عن الانتفاع بها لم يصح. وجه ما ذهب إليه أبو بكر الرازي: أن العرية والعارية أحدهما مشتق من الآخر، ولكن خص كل واحد منهما باسم، فقالوا في تمليك الأعيان: عرية، وفي تمليك المنافع: عارية، فدل على أن العارية تمليك لا إباحة. اهـ شلبي ٥/ ٨٣.

وتَصِحُّ بـ: أعَرْتُك، وأطعَمتُك أرضِي، ومَنحتُك ثَوبي، وحَمَلتُك على دابَّتِي، وأخدَمتُك عَبدي، وداري لك سُكنى، ....

وإنما لم تَجز الإجارةُ: لأنها أقوى وألزَمُ من الإعارة، والشيءُ لا يَستتبعُ مِثلَه، فبالأحرى أن لا يَستتبعَ الأقوى.

(وتَصِحُّ) العارِيَةُ (بـ: أعَرْتُك) أي بقَول المُعيرِ: أعَرْتُك؛ لأنه صَريحٌ فيه.

(و) بقَوله: (أطعَمتُك أرضِي) لأن الإطعامَ إذا أُضيفَ إلى ما لا يُؤكَلُ عَينُه يُرادُ به ما يُستعمَلُ منه مَجازًا؛ لأنه محلُّه.

(و) بقَوله: (مَنحتُك ثَوبي) إذا لم يُرِد به الهِبةَ؛ لأن المَنحَ لتَمليك العَينِ عُرفًا، وعند عدَمِ إرادتِه يُحمَلُ على تَمليك المَنافِعِ.

وأصلُه: أن يُعطى الرَّجُلُ ناقةً ليَشرَبَ لبَنَها، ثمَّ يرُدَّها إذا ذَهَب دَرُّها، ثم كَثُر ذلك حتى قِيل في كلِّ من أعطى شيئًا: مَنَح.

(و) بقَوله: (حَمَلتُك على دابَّتِي) إذا لم يُرِد به الهِبةَ؛ لأن هذا اللَّفظَ يُستعمَلُ فيهما، فإذا نَوى أحَدَهما صَحَّت نِيَّتُه، وإن لم يكن له نِيَّةٌ حُمِل على الأدنى.

(و) بقَوله: (أخدَمتُك عَبدي) لأنه يُرادُ به العارِيَةُ، لأنه أذِن له في الاستِخدام.

(و) بقَوله: (دارِي لك سُكنى) لأن قولَه: (دارِي لك) يَحتمِلُ أن تَكونَ رَقَبتُها له، وأن تكونَ مَنفَعتُها، وقولَه: (سُكنى) تَفسيرٌ للثاني، فيَصيرُ عاريَةً

وداري لك عُمْرَى سُكنى.
ويَرجِعُ الْمُعيرُ متى شاء.
ولو هَلَكت بلا تَعَدٍّ: لا يَضمَنُ.

(و) بقَوله (داري لك عُمْرَى سُكنى) كذلك، ومَعناه: داري لك سُكنى عُمْري[1].

(ويَرجِعُ الْمُعيرُ) عن العارِيَة (متى شاء) لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْمِنحةُ مَردودةٌ، والعارِيَةُ مُؤدّاةٌ»[2].

(ولو هَلَكت) العارِيَةُ (بلا تَعَدٍّ) من المستعير[3] (لا يَضمَنُ[4]) وقال

(١) قال الإتقاني: وفرق شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في «شرح الكافي» للحاكم الشهيد بين قوله: هذه الدار لك سكنى أو عُمْرَى سكنى، وبين قوله: هي لك لتسكنها، فقال: ولو قال: هي لك لتسكنها: كان تمليكًا للدار؛ لأنه أضاف التمليك إلى رقبة الدار، وقوله: لتسكنها.. مشورة، فلا يتغير به قضية العقد. اهـ شلبي ٥/ ٨٤.

(٢) رواه الإمام أحمد (٢٢٢٩٤)، وأبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (٢١٢٠)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٥٠)، وابن ماجه (٢٣٩٨). جميعهم بتقديم العارية على المنحة. قال الخطابي في «معالم السنن» ٣/ ١٧٦: قوله: «المنحة مردودة» المنحة هي ما يمنحه الرجل صاحبه من أرض يزرعها مدة ثم يردها، أو شاة يشرب دَرَّها ثم يردها على صاحبها، أو شجرة يأكل ثمرتها، وجملتها أنها تمليك المنفعة دون الرقبة، وهي من معنى العواري، وحكمها الضمان كالعارية.

(٣) في سوى (أ): المعير.

(٤) أقول: هذا فيما إذا كانت العارية مطلقةً، أما إذا كانت مقيدةً بوقت فهلكت في يد المستعير بعد مضي الوقت فإنه يضمنها، كما سيصرح الشارح به عند قوله: ومؤنة الرد على المستعير، وعند قوله: وإن رد المستعير الدابة مع عبده، والله تعالى =

....

الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَضمَنُ[1] إذا هَلَكت في غَير حالةِ الاستِعمالِ؛ لأنه قَبَض مالَ الغيرِ لنَفسه، فكان سبَبًا للضَّمان، وبه قال أحمدُ، وعن أحمدَ: لو شَرَط الضَّمانَ يَضمَن، وإلا لا، وقال مالِكٌ: ما يَخفى هَلاكُه كالثِّياب والأثمانِ: يُضمَنُ، وإلا لا.

ولنا: أن الضَّمانَ إنما يَجِبُ بإخراج العَينِ من أن تَكونَ مُنتفَعًا بها في حقِّ المالِكِ بإثبات اليدِ المانِعةِ، ولايُوجَد هذا إلا عند التَّعدِّي.

فإن قُلتَ: رَوى التِّرمذيُّ[2] أنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ قال: «العارِيَةُ أمانةٌ مُؤدّاةٌ مَضمونةٌ»، ورَوى البُخاريُّ وأبُو داوُدَ[3]: أنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ استَعار دروعًا[4] من صَفوانَ بنِ أُمَيّةَ يومَ خَيبَرَ، فقال صَفوانُ: أغَصْبًا يا محمدُ؟ فقال: «بل عارِيَةٌ مَضمونةٌ».

قُلتُ: الحَديثُ الأوّلُ مَحمولٌ على ضَمان الرَّدِّ، والخِلافُ في ضَمان الرَّدّ بالقِيمة، وكذا الحَديثُ الثّاني.

= هو الموفق اهـ وكتب على قوله: بلا تعد ما نصه: ولو تعدى ضمن بالإجماع. اهـ إتقاني. شلبي ٥/ ٨٤.

(١) في (أ): لم يضمن. وانظر «التبيين» ٥/ ٨٤.

(٢) لم أقف عليه عند الترمذي.

(٣) روى الإمام أحمد (١٥٣٠٢)، وأبو داود (٣٥٦٢) واللفظ له: عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه: أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ استعار منه أدراعًا يوم حنين، فقال: أغصب يا محمد؟ فقال: «لا، بل عاريةٌ مضمونةٌ».
ولم أقف عليه في البخاري، ولا كونه يوم خيبر.

(٤) في سوى (أ): درعًا.

ولا تُؤجَرُ، ولا تُرهَنُ، كالوَديعة.

فإن آجَر فعَطِب: ضَمِن.

وقِيل: كان الأخذُ في حَديث صَفوانَ بغَير إذنِه لحاجة الْمُسلِمين، ولهذا قال: أغَصْبًا يا محمدُ؟ وعندَ حاجةِ النّاسِ يُرخَّصُ تَناوُلُ مالِ الغَيرِ بغَير إذنِه بشَرط الضَّمانِ، كحالة الْمَخمَصةِ، ولأنه شَرَط له الضَّمانَ، والعارِيَةُ إذا شُرِط فيها الضَّمانُ تُضمَنُ عندنا في رِوايةٍ.

قُلتُ: قال في «خُلاصة الفَتاوى» ناقِلًا عن «الْمُنتَقى»: رجلٌ قال لآخَرَ: أعِرني ثَوبَك، فإن ضاع فأنا له ضامِنٌ.. قال: لا يَضمَنُ، وفي «التُّحفة»: إذا شُرِط الضَّمانُ في العارِيَةِ هل يَصِحُّ؟ فالْمَشايخُ مُختلِفون فيه.

(ولا تُؤجَرُ) العارِيَةُ؛ لأن الإجارةَ لازِمةٌ، فيَلزَمُ الْمُعيرَ زِيادةُ الضَّرَر (ولا تُرهَنُ) العارِيَةُ أيضًا؛ لأن الرَّهنَ إيفاءٌ[1]، وليس له أن يُوفِيَ دَينَه بمال غيرِه بغَير إذنِه (كالوَديعة) أي كما لا تُؤجَرُ الوَديعةُ ولا تُرهَنُ؛ لأنها أمانةٌ، فلا يَجوزُ التَّصرُّفُ فيها.

(فإن آجَر) الْمُستَعيرُ الْمُستَعارَ (فعَطِب) أي هَلَك (ضَمِن) الْمُستَعيرُ؛ لأنه مُتعَدٍّ بالتَّسليم، فصار غاصِبًا، وإن شاء ضَمَّن الْمُستأجِرَ؛ لأنه قَبَض مالَه بغَير إذنِه، فإن ضَمَّن المستعيرَ[2] لا يَرجِعُ على الْمُستأجِر؛

---

(١) في سوى (أ): إبقاء.

(٢) في سوى (أ): ضمن المعير، وفي(هـ): ضمن المستعير المعير. وانظر «التبيين» ٥/ ٨٥.

ويُعيرُ ما لا يَختلِفُ بالْمُستعمِلِ، فلو قَيَّدها بوقتٍ، أو مَنفَعةٍ، أو بهما: لا يُجاوِزُ عما سَمّاه، وإن أَطلَق: له أن يَنتفِعَ أيَّ نَوعٍ، في أيِّ وقتٍ شاء.

لأنه مَلَكه بالضَّمان، وتَبيَّن أنه آجَر مِلكَ نفسِه، وإن ضَمَّن الْمُستأجِرَ يَرجِعُ على الْمُستَعيرِ الْمُؤْجِرِ إذا لم يَعلَم أنه كان عارِيَةً في يَده، وإن عَلِم فلا، كالْمُستأجِر من الغاصِب عالِمًا بالغَصب.

(ويُعيرُ) الْمُستَعيرُ (ما لا يَختلِفُ بالْمُستعمِلِ) أي باختِلاف الْمُستعمِلِ، خِلافًا للشّافعيِّ وأحمدَ، وقد مرَّ الأصلُ فيه، هذا إذا صَدَرت مُطلَقةً، وإن كانَت مُقيَّدةً بشيءٍ تَتقيَّدُ به على ما يَجيءُ الآنَ.

(فلو قَيَّدها) أي فلو قَيَّد الْمُعيرُ العارِيَةَ (بوقتٍ) مُعيَّنٍ، بشهرٍ أو جُمُعةٍ مثلًا (أو مَنفَعةٍ) أي أو قَيَّدها بمَنفَعةٍ، بأن شَرَط أن يَنتفِعَ هو بنَفسه، أو فُلانٌ مُعيَّنًا (أو) قَيَّدها (بهما) أي بالوَقت والْمَنفَعةِ (لا يُجاوِزُ) الْمُستَعيرُ (عما سَمّاه) الْمُعيرُ من الوَقت أو الْمَنفَعةِ أو منهما؛ لأنه تَصرُّفٌ في مِلك الغيرِ، فلا يَجوزُ إلا على الوَجه الذي أَذِن فيه من تَقييدٍ أو إطلاقٍ.

(وإن أَطلَق) الْمُعيرُ العارِيَةَ، بأن لم يُقيِّدها بوقتٍ أو مَنفَعةٍ (له) أي للمُستَعير (أن يَنتفِعَ) بالعارِيَة (أيَّ نَوعٍ) كان (في أيِّ وقتٍ شاء) كمن استَعار دابّةً للرُّكوب، أو ثَوبًا للُّبس، ولم يُسمِّ شيئًا: كان له أن يَلبَسَ ويَركَبَ بنَفسه، وله أن يُعيرَ ما لم يَلبَس هو أو لم يَركَب، فإذا أَلبَس غيرَه أو أَركَبَه: فليس له أن يَركَبَ بنَفسه بعد ذلك في الصَّحيح؛ لأنه تَعيَّن بالفِعل، فيَكونُ خِلافُه تَعدِّيًا، كذا ذَكَره في «الكافِي».

وعارِيَةُ الثَّمَنَين والْمَكيلِ والْمَوزونِ والْمَعدودِ: قَرضٌ.
وإن أعار أرضًا للبِناء، أو للغَرْس: صحّ، وله أن يَرجِعَ، ....

ثم في كلّ مَوضِعٍ يَتقيَّدُ بالْمُسمّى: له أن يُخالِفَ إلى ما هو خَيرٌ منه أو إلى مِثله، كما إذا قال له: احمِل على هذه الدّابّةِ هذه الحِنطةَ: كان له أن يَحمِلَ عليها مِثلَه أو دونَه في الضَّرَر.

(وعارِيَةُ[1] الثَّمَنَين) أي الدَّراهِمِ والدَّنانيرِ (والْمَكيلِ) مِثلُ الحِنطةِ والشَّعيرِ (والْمَوزونِ) مِثلُ العسَلِ والزَّيتِ (والْمَعدودِ) مِثلُ الجَوزِ والبَيضِ (قَرضٌ) لأن الإعارةَ إذنٌ في الانتِفاع به، ولا يَتأتّى ذلك بهذه الأشياءِ إلا باستِهلاك عَينِها، ولا يَملِكُ الاستِهلاكَ إلا إذا مَلَكها، فاقتَضَت تَمليكَ عَينِها ضَرورةً، وذلك بالهِبة أو بالقَرض، والقَرضُ أدناهما ضَرَرًا؛ لكَونه يُوجِبُ ردَّ الْمِثلِ، وهو يَقومُ مَقامَ العَينِ.

هذا إذا لم يُبيِّن جِهةَ الانتِفاعِ، فإن بَيَّن جِهةً يُمكِنُ الانتِفاعُ بها مع بَقاءِ عَينِها، بأن يَستعيرَها ليُعايِرَ بها مِيزانًا أو مَكيلًا، أو ليُزيِّنَ بها دُكّانَه، أو غيرِ ذلك من الانتِفاعات: صارَت عارِيَةً أمانةً، ليس له أن يَنتفِعَ بإهلاكها، فكان نَظيرَ عارِيَةِ الحُليِّ والسَّيفِ الْمُحلّى.

(وإن أَعار) رجلٌ (أرضًا للبِناء أو للغَرْس) أي غَرسِ الشَّجَرِ (صحّ) لأن مَنفَعتَها مَعلومةٌ، وتجوزُ إجارتُها، فكذا إعارتُها، بل أَولى؛ لكَونها تبرُّعًا (وله) أي للمُعير (أن يَرجِعَ) عن العارِيَة؛ لأنها غيرُ لازِمةٍ.

---

(١) في (ب): وإعارة.

ويُكلِّفَه قَلْعَهما، ولا يَضمَنُ ما نَقَص إن لم يُوقِّت، وإن وَقَّت ورَجَع قبلَه: ضَمِن ما نَقَص بالقَلْع.

(ويُكلِّفَه) أي ويُكلِّفَ الْمُعيرُ الْمُستَعيرَ (قَلْعَهما) أي قَلْعَ البِناءِ والغَرْسِ؛ لأن الأرضَ مِلكُه، فيُؤمَرُ بالتَّفريغ، إلا إذا شاء أن يأخُذَهما بقِيمتهما فيما إذا كانَت الأرضُ تَستضِرُّ بالقَلع، فحينَئذٍ يَضمَنُ له قِيمتَهما مَقلوعَين، ويَكونان له؛ كي لا تَتلَفَ عليه أرضُه، ويَستبِدُّ هو بذلك، بخِلاف ما إذا كانَت الأرضُ لا تَستضِرُّ بالقَلْع؛ حيث لا يَجوزُ التَّركُ إلا باتِّفاقهما.

(ولا يَضمَنُ) ربُّ الأرضِ للمُستَعير (ما نَقَص) من البِناء والغَرْسِ بالقَلْع (إن لم يُوقِّت) للعارِيَة وقتًا، وقال مالِكٌ: يَلزَمُه ضَمانُ قِيمتِهما ويُترَكان في أرضه؛ لأنه صار مَغرورًا من جِهَته، فيَلزَمُه الضَّمانُ، قُلنا: العارِيَةُ غيرُ لازِمةٍ، فيَكونُ له الرُّجوعُ في كلِّ وقتٍ، فلم يكن غارًّا بالإطلاق.

(وإن وَقَّت) الْمُعيرُ وقتًا مُعيَّنًا (ورَجَع قبلَه) أي قبلَ الوقتِ الذي عَيَّنه (ضَمِن ما نَقَص) البِناءُ أو الغَرْسُ (بالقَلْع) وقال زفرُ: لا ضَمانَ عليه؛ لأنه لما عَلِم أن له وِلايةَ الأخذِ فقد رَضِي بذلك، ولنا: أنه لما وَقَّت وقتًا مَعلومًا فالظَّاهرُ الوَفاءُ بما وَعَد، وقد اعتَمَد على قَوله ووَثِق به، فقد غَرَّه بخُلفِه، فيَضمَنُ، بخِلاف غيرِ الْمُوقَّت.

والذي ذَكَره الشَّيخُ في الضَّمان هو قولُ القُدُوريِّ، وقِيل: يَضمَنُ ربُّ الأرضِ قِيمةَ الغَرْسِ والبِناءِ، ويَكونان له[1]، وقِيل: إن كان في القَلْع ضررٌ

(١) في (أ): قيمة الغرس ويكون له.

وإن استعارها ليزرَعَها: لا تُؤخَذُ حتى يَحصُدَ، وَقَّت أوْ لا.
ومُؤنةُ الرَّدِّ: على الْمُستَعير، والْمُودِع، والْمُؤجِرِ، ....

بالأرض فالخِيارُ لربِّ الأرضِ.

(وإن استَعارها) أي الأرضَ (ليَزرَعَها: لا تُؤخَذُ) الأرضُ منه (حتى يَحصُدَ) الزَّرعَ استِحساناً[١] (وَقَّت) الْمُعيرُ (أوْ لا) أي أو لم يُوقِّت؛ لأن له نِهايةً مَعلومةً، فيُترَكُ بأجر الْمِثلِ؛ لأن فيه مُراعاةَ الحَقَّين[٢]، كما في الإجارة إذا انقَضَت الْمُدّةُ والزَّرعُ لم يُدرِك.

(ومُؤنةُ الرَّدِّ) أي ردِّ العارِيَةِ إلى الْمُعير (على الْمُستَعير) لأنه قَبَضه لِمَنفعة نفسِه، والرَّدُّ واجِبٌ عليه (و) على (الْمُودِع) -بكَسر الدّالِ- في الوَديعة؛ لأن مَنفَعةَ حِفظِها عائِدةٌ إليه، فكانَت مُؤنةُ ردِّها عليه.

(و) على (الْمُؤجِرِ) أيضًا أُجرةُ ردِّ العَينِ الْمُستأجَرةِ؛ لأن مَنفَعةَ القَبضِ

---

(١) وجه الاستحسان: أنّا لو أمرناه بالقلع لأضررنا به من غير نفع يعود إلى المالك، ولو بقّيناه لنفعناه من غير ضرر يعود إلى المالك؛ لأنا نبقّيه بأجرة، والجمع بين الحقين أولى، بخلاف النخل؛ لأنه ليس لإدراكه غاية معلومة، فلو بقّيناه لعطلنا عليه منفعة أرضه، أما هذا: فلإدراكه غاية معلومة، حتى لو كان الغراس للبيع والنقل لا للاستبقاء: كان الحكم فيه كالحكم في الزرع، بخلاف الغاصب، حيث يؤمر بقلع الزرع إذا زرع الأرض؛ لأنه جانٍ في الابتداء، وقد مست الحاجة إلى رفع العدوان، وههنا بخلافه، كذا في «شرح الكافي». اهـ إتقاني. شلبي ٥/ ٨٨.

(٢) أي حقّ المعير والمستعير، وذلك لأنه يترك الأرض في يد المستعير بأجر المثل لئلا تفوت منفعة الأرض مجانًا، ولا يتلف زرع الآخر أيضًا، فيعتدل النظر من الجانبين. اهـ إتقاني. شلبي ٥/ ٨٨.

والغاصِب، والْمُرتهِنِ.

وإن ردَّ الْمُستَعيرُ الدّابّةَ إلى إصطَبْل مالِكِها، أو العبدَ إلى دار المالِكِ: بَرِئ، بخِلاف الْمَغصوبِ والوَديعةِ.

حَصَلت له، وهي الأُجرةُ، فلا يَكونُ الرَّدُّ واجِبًا على الْمُستأجِر، فلا تلزَمُه الأُجرةُ.

(و) على (الغاصِب) أيضًا أُجرةُ ردِّ الْمَغصوبِ؛ لأن الرَّدَّ إلى المالِك واجِبٌ عليه، والأُجرةُ مُؤنتُه، فتَجِبُ عليه.

(و) على (الْمُرتهِنِ) أيضًا أُجرةُ ردِّ الرَّهنِ؛ لأن قَبْضَه قبضُ استيفاءٍ، فكان قابِضًا لنَفسه.

(**وإن ردَّ الْمُستَعيرُ الدّابّةَ إلى إصطَبْل مالِكِها، أو**) ردَّ (**العبدَ**) الْمُستَعارَ (**إلى دار المالِكِ**) أي مَولى العبدِ (**بَرِئ**) من الضَّمان إذا هَلَكت الدّابّةُ أو لعبدُ استِحسانًا، والقِياسُ أن لا يَبرأَ؛ لأنه لم يَرُدَّهما إلى صاحِبهما، وإنما ضَيَّعهما تَضييعًا، وهو قولُ الثَّلاثةِ، وجهُ الاستِحسانِ: أنه أَتى بالتَّسليم الْمُتعارَفِ، وهو الْمُعوَّلُ عليه.

(**بخِلاف الْمَغصوبِ والوَديعةِ**) فإن الغاصِبَ لا يَبرأُ إلا بتَسليم العَينِ الْمَغصوبةِ إلى المالِك؛ لأنه مُتعدٍّ بإثبات يدِه عليها، فلا تَكونُ إزالتُها إلا بالتَّسليم إليه حَقيقةً، وأما الْمُودَعُ: فلا يَبرأُ أيضًا إلا بتَسليم الوَديعةِ إلى مالِكها؛ لأنها للحِفظ، ولم يَرضَ بحِفظ غيرِه؛ إذ لو رَضِي به لَما أَودَعها عندَه.

وإن ردَّ المُستَعيرُ الدّابّةَ مع عبدِه، أو أجيرِه مُشاهَرةً، أو مع عبدِ ربِّ الدّابّةِ، أو أجيرِه: بَرِئ، بخِلاف الأجنَبيِّ.

ويَكتُبُ المُعارُ: إنك أطعَمتَني أرضَك.

(وإن ردَّ المُستَعيرُ الدّابّةَ مع عبدِه، أو) مع (أجيرِه) الذي استأجرَه إجارةَ (مُشاهَرةً) أو مُسانَهةً، وقَيَّد بها[1]: احتِرازًا عن المُياوَمة؛ لأنه لا يَكونُ في عِياله (أو) رَدَّها (مع عبدِ ربِّ الدّابّةِ، أو) رَدَّها مع (أجيرِه) أي مع أجيرِ ربِّ الدّابّةِ (بَرِئ) من الضَّمان إذا هَلَكت استِحسانًا، والقِياسُ أن لا يَبرأ إلا بالتَّسليم إلى صاحِبها، كما ذَكَرناه الآنَ[2].

وفي «المُنتَقى»: لو كانَت العارِيةُ شيئًا نَفيسًا، كالجَوهَر ونحوِه: لا يَبرأُ بالرَّدِّ مع هؤلاء.

(بخِلاف) ما إذا رَدَّها مع (الأجنَبيِّ) حيث يَضمَنُ؛ لأنه مُتعَدٍّ في يَد الأجنَبيِّ، وعند الشّافعيِّ ومالِكٍ: لا يَضمَنُ فيه أيضًا.

(ويَكتُبُ المُعارُ[3]) أي المُستَعيرُ للأرض البَيضاءِ للزِّراعة يَكتُبُ (إنك أطعَمتَني أرضَك) عند أبي حنيفةَ؛ لأن إعارةَ الأرضِ قد تَكونُ للزِّراعة، وقد تَكونُ لغَيرها، فكان مُبهَمًا[4]، والإطعامُ وإن كان مَجازًا فهو مَعلومٌ.

---

(١) في (أ): بهما.

(٢) هذا في زمانهم، وأما في زماننا: فلا يبرأ إلا بالتسليم إلى يد صاحبها، كما في الشُّمُني. «مجمع الأنهر» ٢/ ٣٥١.

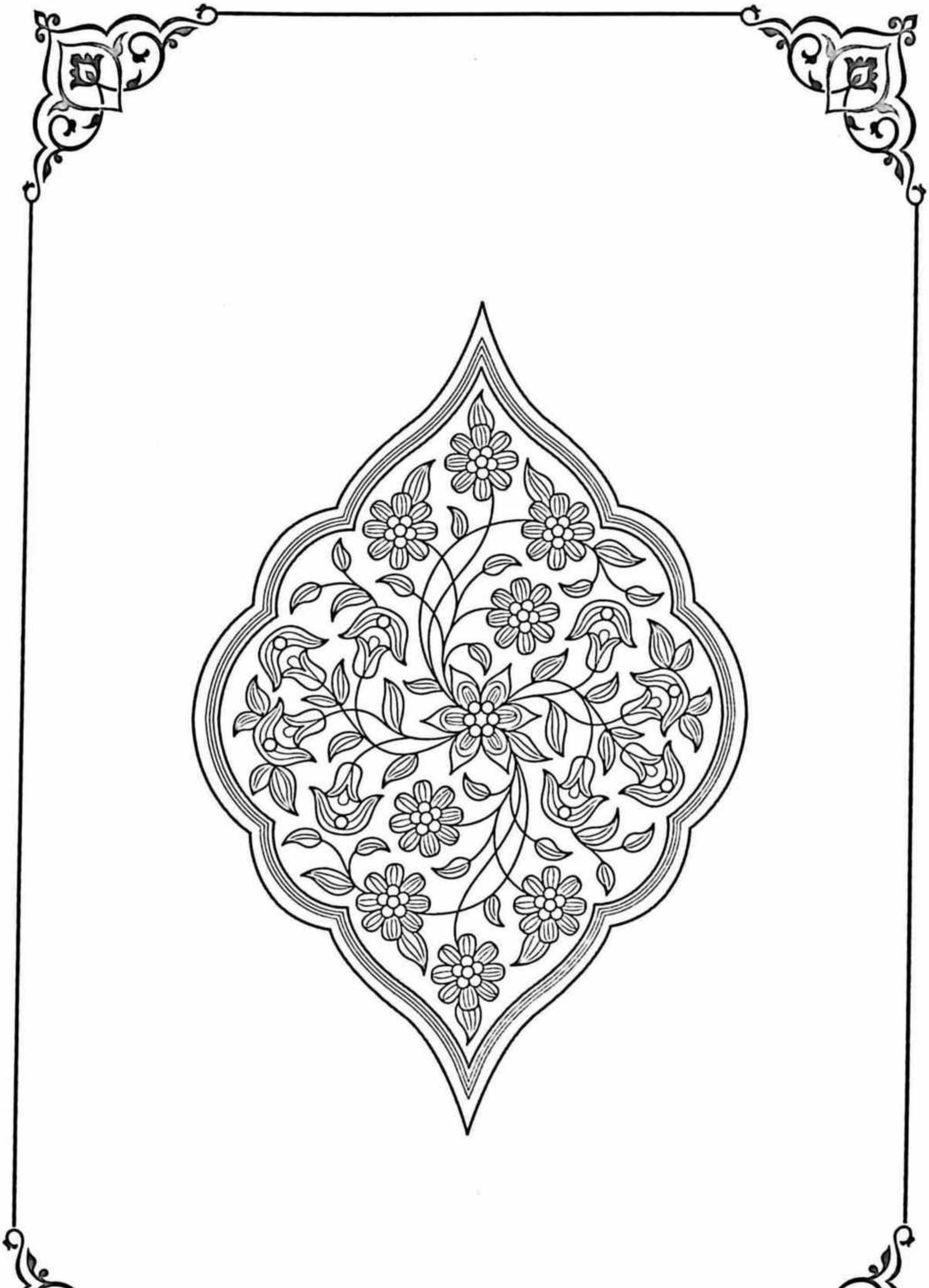
(٣) في (ح): المستعار.

(٤) في (ب) و(ج): فكان منهما.

....

وقالا: يَكتُبُ أَعَرتَني أرضَك؛ لأن لَفظَ الإعارةِ حَقيقةٌ، فكان أولى، وبه قالَت الثَّلاثةُ

كتاب الهبة



كتاب الهِبةِ

هي: تَمليكُ العَينِ بلا عِوَضٍ.

وتَصِحُّ بإيجابٍ، كـ: وَهَبتُ، ونَحَلتُ، وأطعَمتُك هذا الطَّعامَ، وجَعَلتُه لك، ....

هذا (كِتابٌ) في بَيان أحكامِ (الهِبةِ)

وزنُها: (فِعْلةٌ) بكَسر الفاءِ؛ لأن أصلَها: وِهْبةٌ، من وَهَب، كعِدة، أصلُها: وِعْدةٌ، من وَعَد، وهو[1]: التَّبرُّعُ والتَّفضُّلُ بما يَنفَعُ المَوهوبَ له مُطلَقًا، قال اللهُ تَعالى: ﴿فَهَبْ لِى مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا﴾ [مريم: ٥].

وفي الشَّرع: (هي) أي الهِبةُ (تَمليكُ العَينِ) لغَيره (بلا عِوَضٍ).

وهي أمرٌ مَندوبٌ، وصُنعٌ مَحبوبٌ.

(وتَصِحُّ) الهِبةُ (بإيجابٍ) من الواهِب (كـ: وَهَبتُ) أي كقَوله: وَهَبتُ؛ لأنه صَريحٌ في الباب (ونَحَلتُ) لكَثرة استِعمالِه فيه.

(وأطعَمتُك هذا الطَّعامَ) لأن الإطعامَ صَريحٌ في الهِبة، ولو قال: (أطعَمتُك هذه الأرضَ): فهي عارِيَةٌ؛ لأنها لا تُطعَمُ.

(و) كقَوله: (جَعَلتُه) أي هذا الشَّيءَ (لك) لاشتِماله على لامِ التَّمليكِ.

---

(١) كذا في جميع الأصول.

وأعمَرتُك هذا الشَّيءَ، وحَمَلتُك على هذه الدّابّةِ ناوِيًا به الهِبةَ، وكَسَوتُك هذا الثَّوبَ، وداري لك هِبةً تَسكُنُها، لا هِبةً سُكنى، أو سُكنى هِبةً.

(و) كقَوله: (أعمَرتُك هذا الشَّيءَ) لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «من أعمَر عُمْرَى فهو للمُعمَر له ولوَرَثته من بعده»[1].

(و) كقَوله: (حَمَلتُك على هذه الدّابّةِ) حالَ كونِه (ناوِيًا به) أي بهذا الكَلامِ (الهِبة[2]) لأن الْمُرادَ به الإركابُ حَقيقةً، فيَكونُ عارِيَةً، وتُستعمَلُ في الهِبة مَجازًا، يُقالُ: حَمَل الأميرُ فُلانًا على فَرَسٍ، أي وَهَبه، فيُحمَلُ عليها عند النّيةِ.

(و) كقَوله: (كَسَوتُك هذا الثَّوبَ) لأن الكِسوةَ يُرادُ بها التَّمليكُ.

(و) كقَوله: (دارِي لك هِبةً تَسكُنُها) لأنَ اللّامَ فيه للتَّمليك ظاهِرًا، وقولُه: (تَسكُنُها) مَشورةٌ وتَنبيهٌ على الْمَقصود، فصار نَظيرَ قولِه: هذا الطَّعامُ لك تَأكُلُه.

(لا) تَصِحُ الهِبةُ بقَوله: داري لك (هِبةً سُكنى، أو) دارِي لك (سُكنى هِبةً) وإنما تَصيرُ عارِيَةً: لأن قولَه: هِبةً سُكنى، أو سُكنى هِبةً: تَفسيرٌ لتَمليك الْمَنفَعةِ، فيَكونُ عارِيَةً؛ لأنها مُحكَمٌ فيها، والهِبةُ تَحتمِلُها، وتَحتمِلُ تَمليكَ العَينِ، فيُحمَلُ الْمُحتَمَلُ على الْمُحكَم.

---

(١) رواه مسلم (١٦٢٥) بلفظ قريب، وبمعناه عند البخاري (٢٦٢٥).

(٢) في سوى (أ): هبة.

وقَبولٍ، وقَبضٍ في الْمَجلِس بلا إِذنه، وبعدَه به.

وقولُه: (وقَبولٍ) بالجرّ: عَطفٌ على قَوله: بإيجابٍ، أي وتَصِحُّ أيضًا بقَبولٍ من الْمَوهوب له؛ لأنها عَقدٌ يُحتاجُ إليه كسائِر العُقودِ.

(و) تَصِحُّ بتَسليمٍ و(قَبضٍ في الْمَجلِس) لأنه عَقدُ تَبرُّعٍ، فلا يَثبُتُ الْمِلكُ قبلَ القَبضِ، وقال مالِكٌ: تُملَكُ بمُجرَّد العَقدِ، كما في البَيع (بلا إِذنه) أي بلا إِذن الواهِبِ استِحسانًا، والقِياسُ أن لا يَجوزَ بلا إِذنه؛ لأنه تَصرُّفٌ في مِلك الغيرِ، فلا يَجوزُ إلا بإذنه، وبه قال الشّافعيُّ.

وجهُ الاستِحسانِ: أن القَبضَ كالقَبول في الهِبة من حيث إنه يَتوقَّفُ عليه ثُبوتِ حُكمِه، وهو الْمِلكُ، فيَكونُ الإيجابُ منه تَسليطًا على القَبض.

(و) تَصِحُّ (بعدَه) أي بعدَ الْمَجلِسِ، أرادَ بعدَ الافتِراقِ (به) أي بالإذن، فلا تَصِحُّ بعدَ الافتِراقِ بلا إذنٍ؛ لأنّا أثبَتنا التَّسليطَ[١] فيه إلحاقًا له[٢] بالقَبول، وهو يَتقيَّدُ بالْمَجلِس؛ لأن الدَّلالةَ لا تَعمَلُ في مُقابَلة الصَّريحِ[٣].

---

(١) في (أ): التسليم. وانظر «الهداية» ٣/ ٢٢٢،

(٢) أي للقبض. «البناية» ١٠/ ١٦٤.

(٣) قال المصنف في «البناية» ١٠/ ١٦٤: أراد بالدلالة الإذن الحاصل من إيجاب الواهب للقبض، والصريح هو قوله: لا تقبض، فإن الإذن الذي حصل من الإيجاب دلالة تبطل بوجود صريح النهي؛ لأن الدلالة لا تقابل الصريح، وفيه مناقشتان: =

في مَحوزٍ، مَقسومٍ، ومُشاعٍ لا يُقسَمُ، لا فيما يُقسَمُ، ....

وقولُه: (في مَحوزٍ) يَتعلَّقُ بقَوله: وتَصِحُّ، أي تَصِحُّ الهِبةُ في مَحوزٍ، أي مَجموعٍ، قَيَّد به: احتِرازًا عن الْمُتَّصِل، كالثَّمَرة على الشَّجَرة، وقَيَّد بقَوله: (مَقسومٍ) احتِرازًا عن الْمُشاع.

(و) تَصِحُّ الهِبةُ أيضًا في (مُشاعٍ لا يُقسَمُ) كالعَبد والدّابَّةِ؛ لأن القَبضَ الكامِلَ فيه لا يُتصوَّرُ، فاكتُفِي بالقاصِر منه (لا) يَصِحُّ (فيما يُقسَمُ) أي في مُشاعٍ يُقسَمُ، كسَهمٍ من الدّار، وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَجوزُ هِبةُ الْمُشاعِ فيما يُقسَمُ وفيما لا يُقسَمُ؛ لأنه نوعُ تَمليكٍ، فيَجوزُ، كالبَيع، وبه قال أحمدُ ومالِكٌ في رِوايةٍ.

ولنا: أن الخُلَفاءَ الرّاشِدينَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ شَرَطوا القِسمةَ لصِحّةِ الهِبةِ(١)، وما رُوِي من قَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا تَجوزُ الهِبةُ إلا مقبوضةً(٢)»(٣):

= الأولى: أن القبض لو كان بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبيع.
الثانية: أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري، ثم إذا تم الإيجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل إيجاب البائع تسلطًا على القبض، حتى لو قبضه المشتري بدون إذنه جاز له أن يسترده ويحبس الثمن.
الجواب عن الأول: أن الإيجاب من البائع شطر العقد، وهو لا يتوقف على ما وراء المجلس، وفي الهبة وجد عقد تمام وهو يتوقف على ما وراءه، وعن الثانية: فإنّا لا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري، بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير، وثبوت الملك له ضمني فلا يعتبر به. انتهى.

(١) انظر الأثر القادم. (٢) في (أ) و(ج): مقسومة.

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٢١: غريب، ورواه عبد الرزاق (١٦٥٢٩) من قول النَّخعي قال: لا تجوز الهبة حتى تقبض، والصدقة تجوز قبل أن تقبض، انتهى. =

فإن قَسَمه وسَلَّمه: صحّ.

وإن وَهَب دَقيقًا في بُرٍّ: لا، وإن طَحَن وسَلَّم، وكذا الدُّهن في السِّمسِمِ، والسَّمنُ في اللَّبَن.

فحديثٌ غَريبٌ.

(فإن قَسَمه) بعدما وُهِب مُشاعًا (وسَلَّمه: صحّ) لأن تَمامَ الهِبةِ بالقَبض، وعنده: لا شُيوعَ فيه، ولو سَلَّمه شائِعًا لا يَملِكُه، حتى لا يَنفُذُ تَصرُّفُه فيه، ويَكونُ مَضمونًا عليه، ويَنفُذُ فيه تَصرُّفُ الواهِبِ، ذَكَره الطَّحاويُّ وقاضِي خانَ، وذَكَر عِصامٌ[1] أنها تُفيدُ الْمِلكَ، وبه أَخَذ بعضُ الْمَشايخِ[2].

(وإن وَهَب) رجلٌ لآخَرَ (دَقيقًا في بُرٍّ: لا) يَصِحُّ (وإن طَحَن) البُرَّ (وسَلَّم) الدَّقيقَ (وكذا) لا يَصِحُّ لو وَهَب (الدُّهن في السِّمسِمِ، و) وَهَب (السَّمن في اللَّبَن) وإن استَخرَجهما وسَلَّمهما؛ لأن الْمَوهوبَ

= وقال العلامة قاسم في «التعريف والإخبار» ٢/ ٣٠٢: لم يجده المخرجون مرفوعًا أصلًا، لا عن جماعة ولا عن فرد... ثم ذكر جملة من الموقوفات الواردة فيه.
فمن ذلك ما ورد عند ابن أبي شيبة عن سيدنا أبي بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (٢٠١٣٥)، وعن سيدنا عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (٢٠١٢٤) و(٢٠١٣١)، وعن سيدنا عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (٢٠١٢٦)، وعن سيدنا ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (٢٠١٣٧).

(١) أبو عصمة، عصام بن يوسف بن ميمون بن قدامة الحنفي، البلخي، أحد أجلاء الحنفية، من تصانيفه: مختصر في الفقه، توفي رَحِمَهُ اللَّهُ سنة (٢١٥ هـ)، وانظر ترجمته في «الجواهر المضية» ١/ ٣٤٧، و«هدية العارفين» ١/ ٦٦٣.

(٢) في (أ): أخذ المشايخ. وانظر «التبيين» ٥/ ٩٤.

ومَلَك بلا قَبضٍ جَديدٍ لو في يَد الْمَوهوبِ له.

مَعدومٌ، إلا إذا تَجدَّدَ العَقدُ بعدَ استِخراجِهما.

وإنما جازت الوَصِيَّةُ بهما: لأن الوَصِيّةَ بالْمَعدوم تَجوزُ[1].

واللَّبَنُ في الضَّرع، والصُّوفُ على ظَهر الغنَم، والزَّرعُ والنَّخلُ في الأَرض، والثَّمرُ في النَّخل: بمَنزِلة الْمُشاعِ؛ لأنها مَوجودةٌ، وامتِناعُ الجَوازِ للاتِّصال، وذلك يَعودُ إلى امتِناع القَبضِ، كالشّائع، فإذا فَصَلها وسَلَّمها جاز؛ لزَوال المانِعِ، كما في هِبة الدَّينِ.

بخِلاف ما لو وَهَب الحَمْلَ وسَلَّمه بعدَ الوِلادةِ؛ حيث لا يَجوزُ؛ لأن في وُجوده احتِمالًا، فصار كالْمَعدوم.

والدّارُ التي فيها الْمَتاعُ، والجُوالِقُ الذي فيه الدَّقيقُ: كالْمُشاع.

(**ومَلَك**) الْمَوهوبُ له العَينَ الْمَوهوبةَ (**بلا قَبضٍ جَديدٍ لو**) كانَت (**في يَد الْمَوهوبِ له**) لأن القَبضَ ثابِتٌ فيها، وهو الشَّرطُ، سواءٌ كانت في يَده أمانةً أو مَضمونةً؛ لأن قَبضَ الأمانةِ يَنوبُ عن مِثله لا عن الْمَضمون، والْمَضمونُ يَنوبُ عنهما.

والأصلُ فيه: أنه متى تَجانَس القَبضان ناب أحَدُهما عن الآخَر، وإن اختَلَفا ناب الأَقوى عن الأضعَف دون العَكس[2].

---

(١) في (د) و(هـ): لا تجوز. وانظر «التبيين» ٥/ ٩٤.

(٢) لأن في الأقوى مثلَ الأدنى وزيادةً، وليس في الأدنى ما في الأقوى، فلا ينوب عنه. «التبيين» ٥/ ٩٥.

وهِبةُ الأبِ لطِفله تَتِمُّ بالعَقد، وإن وَهَب له أجنَبيٌّ: تَتِمُّ بقَبض وَلِيِّه،

هذا إذا كان الْمَوهوبُ في يَده مَضمونًا، كالغَصب، والْمَرهونِ.

والْمَقبوضُ على سَوم الشِّراءِ لا إشكالَ فيه[1]، وكذا إذا كان في يَده عاريَةً أو إجارةً؛ لأنه قَبَضها لنَفسه ويدُه ثابِتةٌ فيه.

وأما إذا كانَت في يَده بطَريق الوَديعةِ: فمُشكِلٌ؛ لأن يدَه يدُ المالِكِ؛ لأنه نائِبٌ عنه في الحِفظ، وقَبْضَه لأجل المالِكِ، فكيف يَنوبُ هذا القَبضُ عن قَبض الهِبةِ؟! لكِن لَمّا[2] كان للمُودَع يدٌ حَقيقةً نُزِّل قابِضًا لذلك؛ لأن إقامةَ يدِه مُقامَ يدِ المالِكِ حُكمًا ما دام عامِلًا له، وبعد الهِبةِ ليس بعامِلٍ له، فتُعتبَرُ الحَقيقةُ.

(وهِبةُ الأبِ لطِفله) أي لوَلَده الصَّغيرِ (تَتِمُّ بالعَقد) لأنه في قَبض الأبِ، فيَنوبُ عن قَبض الصَّغيرِ؛ لأنه وَلِيُّه، سواءٌ كانَت العَينُ الْمَوهوبةُ في يَده أو في يَد مُودَعِه، بخِلاف ما إذا كان في يَد غاصِبِه، أو في يَد مُرتَهِنِه أو مُستأجِرِه؛ حيث لا تَجوزُ الهِبةُ؛ لعَدَم قبضِه.

(وإن وَهَب له) أي للطِّفل (أجنَبيٌّ: تَتِمُّ) الهِبةُ (بقَبض وَلِيِّه) نحوُ الأبِ والجَدِّ ووَصيِّهما، سواءٌ كان الصَّغيرُ في حِجرهم أوْ لا، بخِلاف غيرِهم من الأقارِب والأجانِبِ؛ حيث لا يَكونُ لهم وِلايةُ القَبضِ إلا إذا كان في حِجرهم، وليس له أبٌ، وهو مَعنى قولِه:

---

(1) لأن الموهوب في يده حقيقةً وحكمًا، فيبرأ عن الضمان بمجرد قَبول الهبة. «التبيين وحاشيته» ٥/ ٩٥.

(2) في سوى (أ): ما.

وأُمِّه، وأجنَبِيٍّ، لو في حِجرهما، وبقَبضه إن عَقَل.

ويَجوزُ قبضُ زَوجِ الصَّغيرةِ ما وُهِب بعد الزِّفافِ.

ولو وَهَب اثنان دارًا لواحِدٍ: صحَّ، لا عكسُه.

(وأُمِّه) أي وتَتِمُّ بقَبض أُمِّه (و) قبضِ (أجنَبِيٍّ لو) كان الصَّغيرُ (في حِجرهما) وإن لم يكن في حِجرهما لا تَتِمُّ (و) تَتِمُّ أيضًا (بقَبضه) أي بقَبض الطِّفلِ بنَفسه (إن عَقَل) التَّحصيلَ؛ لأنه في التَّصرُّف النَّافِعِ يُلحَقُ بالبالِغ العاقِلِ.

(ويَجوزُ قبضُ زَوجِ الصَّغيرةِ ما وُهِب) للصَّغيرة إذا كان قبضُه (بعد الزِّفافِ) أي بعد أن زُفَّت الصَّغيرةُ إليه؛ لأن الأبَ أقامَه مُقامَ نفسِه في حِفظها، وقبضُ الهِبةِ منه، ولو قَبَضه الأبُ أيضًا صحَّ؛ لأن الوِلايةَ له، واشتِراطُ الزِّفافِ لثُبوتِ وِلايةِ الزَّوجِ؛ لأنه إنما يَملِكُه باعتِبار أنه يَعولُها، وذلك بعدَ الزِّفافِ.

ولا يُشترَطُ أن تكونَ ممن يُجامَعُ مِثلُها في الصَّحيح.

(ولو وَهَب اثنان دارًا لواحِدٍ: صحَّ) لأنهما سَلَّماها له جُملةً، وهو قَبَضها منهما كذلك، فلا شُيوعَ (لا) يَصِحُّ (عكسُه) وهو أن يَهَبَ واحِدٌ من اثنَين عند أبي حنيفةَ؛ لأن التَّمليكَ لكُلٍّ منهما تَمليكُ البَعضِ الشَّائعِ من كُلٍّ منهما؛ لأنه لا وجهَ له سِوى هذا، وهذا باطِلٌ.

وقالا: يَجوزُ؛ لأن هذا تَمليكُ واحِدٍ منهما، فلم يَتحقَّق الشُّيوعُ، وبه قالَت الثَّلاثةُ.

وصحَّ تَصدُّقُ عَشَرة، وهِبتُها لفَقيرَين، لا لغَنيَّين.

(وصحَّ تَصدُّقُ عَشَرة) دَراهِمَ على فَقيرَين (و) كذا (هِبتُها) أي هِبةُ عَشَرةِ دَراهِمَ (لفَقيرَين، لا) يَصِحُ التَّصدُّقُ بعَشَرةٍ على غَنيَّين ولا هِبتُها (لغَنيَّين) هذا رِوايةُ «الجامِعِ الصَّغيرِ»، جَعَل كلٌّ واحدٍ منهما مَجازًا عن الآخَر، حيث جَعَل الهِبةَ للفَقيرَين صَدَقةً، والصَّدَقةَ على الغَنيَّين هِبةً، وفَرَّق بينَ الهِبةِ والصَّدَقةِ في الحُكم، حيث أجاز الصَّدَقةَ على اثنَين، ولم يُجِز الهِبةَ، والجامِعُ بينهما أن كُلًّا منهما تَمليكٌ بلا عِوَضٍ، فجازَت الاستِعارةُ.

والفرقُ: أن الصَّدَقةَ يُبتَغى بها وجهُ اللهِ تَعالى، وهو واحِدٌ، والفَقيرُ نائِبٌ عنه، ولا كذلك الهِبةُ، فيَكونُ تَمليكًا من اثنَين، ولهذا لو أوصى بثُلُث مالِه للفُقَراء صحَّ، وإن كانُوا مَجهولِين؛ لأنها وَقَعت لله، وهو مَعلومٌ.

ولو أوصى بهِ لأغنياءَ غيرِ مُعيَّنين: لا يَجوزُ.

وفي «الأصل» سَوّى بينهما، فوَجَب أن يُمنَعَ في البابَين، فكان في المَسألة رِوايتان.

وهذا كلُّه على قول أبي حنيفةَ، وأما عندهما: فالهِبةُ من شَخصَين جائِزةٌ، فالصَّدَقةُ أولى.

﴿ باب الرُّجوعِ في الهِبة ﴾

صحَّ الرُّجوعُ فيها.

هذا (باب) في بَيان أحكامِ (الرُّجوعِ في الهِبة)

(صحَّ الرُّجوعُ فيها) أي في الهِبة ما لم يَمنَع مانِعٌ، وقال الشّافعيُّ: لا يَصِحُّ إلا في الوَلَد؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا يَرجِعُ الواهِبُ في هِبَته إلا الوالِدُ من وَلَده، والعائِدُ في هِبَته كالكَلب يَعودُ في قَيئِه»، رَواه البُخاريُّ وغيرُه[1]، وبه قال أحمدُ.

ولنا: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الواهِبُ أحقُّ بهِبَته ما لم يُثَب عنها»، أخرَجه الدّارَقُطنيُّ[2]، أي ما لم يُعوَّض، والمُرادُ به: بعدَ التَّسليمِ؛

(١) آخر الحديث -وهو المثل- مروي في الصحيحين: البخاري (٢٥٨٩)، ومسلم (١٦٢٢).

وصدره مع المثل في السنن الأربعة: أبي داود (٣٥٣٩)، والترمذي (٢١٣٢)، والنسائي (٣٦٩٠)، وابن ماجه (٢٣٧٧)، بألفاظ متقاربة. فلفظ أبي داود: «لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهبَ هبة فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها: كمثل الكلب يأكل، فإذا شبع قاء ثم عاد في قيئه».

ولفظ الترمذي: «لا يحل للرجل أن يعطي عطية ثم يرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها: كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء، ثم عاد في قيئه».

ولفظ النسائي وابن ماجه كالترمذي، ولفظ ابن ماجه: «لا يحل للرجل أن يعطي العطية ثم يرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده».

(٢) الدارقطني (٢٩٧١)، ورواه ابن ماجه (٢٣٨٧)، والبيهقي (١٢٠٢٤)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ١٢٥.

لأنها لا تكونُ هِبةً حَقيقةً قبلَه، ونحن نَقولُ بمُوجَب الحَديثِ؛ لأنه لو رَجَع كُرِه له ذلك.

ورَوى الكَرْخيُّ عن أصحابنا أنه حَرامٌ، ولكن يُرفَعُ الأمرُ إلى الحاكِم حتى يَفسَخَ الهِبةَ، فيُعيدُ إليه قَديمَ الْمِلكِ، وإنه لا يُنافِي الرُّجوعَ؛ لأنه أخبَر عن قُبحه، فمَعناه: أنه لا يَليقُ له أن يَرجِعَ إلا الوالِدَ فيما يَهَبُ لوَلَده..

ونَظيرُه: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «المؤمنُ لا يَكذِبُ»[1]، أي لا يَليقُ له أن يَكذِبَ، وقولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «الزّاني لا يَزني وهو مؤمنٌ»[2]، أي لا يَليقُ له أن يَزنيَ وهو مؤمنٌ؛ لأنه يُنافي صِفةَ الإيمانِ إن فَعَله، بل هو قَبيحٌ، ومع

---

(١) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وورد عن الإمام أحمد (٢٢١٧٠) عن أبي أمامة قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يطبع المؤمن على الخلال كلها إلا الخيانة والكذب».
وروى ابن أبي الدنيا في «الصمت» (٤٧٤) والخطيب في «المتفق والمفترق» (١٧١) قال أبو الدرداء رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: يا رسول الله! هل يكذب المؤمن؟ قال: لا يؤمن بالله ولا باليوم الآخر من حدث فكذب».
وروى الإمام مالك في «الموطأ» ٢/ ٩٩٠ عن صفوان بن سليم أنه قال: قيل لرسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أيكون المؤمن جبانًا؟ فقال: «نعم»، فقيل له: أيكون المؤمن بخيلًا؟ فقال: «نعم»، فقيل له: أيكون المؤمن كذابًا؟ فقال: «لا».

(٢) روى البخاري (٢٤٧٥)، ومسلم (٥٧) واللفظ للأول: عن أبي هريرة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ قال: قال النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن، ولا يشرب الخمر حين يشرب وهو مؤمن، ولا يسرق حين يسرق وهو مؤمن، ولا ينتهب نهبة، يرفع الناس إليه فيها أبصارهم حين ينتهبها وهو مؤمن».

ومَنَع الرُّجوعَ: (دَمعٌ خَزَقَه)..

الإيمانِ أقبَحُ، فكذا هذا قَبيحٌ، ولهذا قال: «كالكَلب»؛ لأن فِعلَه يُوصَفُ بالقُبح لا بالحُرمة[1].

(ومَنَع الرُّجوعَ) أي رُجوعَ الهِبةِ أشياءُ، يَجمَعُها حُروفُ (دَمعٌ خَزَقَه) أَخَذها من بَيت شِعرٍ قِيل فيه، وهو قولُه:

ومانِعٌ عن الرُّجوع في الهِبة يا صاحِبي حُروفُ دَمعٍ خَزَقَهْ

ثم شَرَع يُبيِّنُ ذلك بالفاء التَّفصيليّةِ بقَوله:

---

(١) وروى الطبراني في «الصغير» (٩٠٦) عن علقمة بن قيس قال: رأيت علي بن أبي طالب على منبر الكوفة وهو يقول: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول: لا يزني الزاني وهو مؤمن، ولا يسرق السارق وهو مؤمن، ولا ينتهب الرجل نهبة يرفع الناس إليها أبصارهم وهو مؤمن، ولا يشرب الرجل الخمر وهو مؤمن، فقال رجل: يا أمير المؤمنين! من زنى فقد كفر؟ فقال علي: إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان يأمرنا أن نبهم أحاديث الرخص: لا يزني وهو مؤمن أن ذلك الزنى له حلال، فإن آمن أنه له حلال فقد كفر، ولا هو يسرق وهو مؤمن بتلك السرقة أنها له حلال، فإن آمن بها أنها له حلال فقد كفر، ولا يشرب الخمر حين يشربها وهو مؤمن أنها له حلال، فإن شربها وهو مؤمن أنها له حلال فقد كفر، ولا ينتهب نهبة ذات شرف حين ينتهبها وهو مؤمن أنها له حلال، فإن انتهبها وهو مؤمن أنها له حلال فقد كفر.
قال في «مجمع الزوائد» ١/ ١٠١: رواه الطبراني في «الصغير»، وفيه إسماعيل بن يحيى التيمي كذاب، لا تحل الرواية عنه. انتهى. قلت: أصل الحديث صحيح ومعنى ما روي عن سيدنا علي رضي الله عنه صحيح، وإن كان هذا الإسناد ضعيفًا، ولتعلقه بتقرير المصنف أوردته.

فالدّالُ: الزِّيادةُ، كالغَرْس، والبِناءِ، والسِّمَنِ.

(فالدّالُ: الزِّيادةُ) الْمُتَّصِلةُ (كالغَرْس) أي غَرْسِ الشَّجَرِ في الأرض الْمَوهوبةِ (والبِناءِ) عليها، إذا كان يُوجِبُ زِيادةً في الأرض، وإن كان لا يُوجِبُ لا يَمنَعُ الرُّجوعَ، وإن كان يُوجِبُ في قِطعةٍ منها، بأن كانَت الأرضُ كَبيرةً بحيث لا يُعَدُّ مِثلُه زِيادةً فيها كلِّها: امتَنَع في تلك القِطعةِ دون غيرِها (و) كزِيادة (السِّمَنِ) بأن كان الْمَوهوبُ هُزالًا[1]، فسَمِن عند الْمَوهوبِ له[2].

واحتُرِز بالْمتَّصِلة عن الزِّيادة الْمُنفصِلةِ، كالوَلَد، والأَرْشِ، والعُقرِ؛ فإنه يَرجِعُ في الأصل دون الزِّيادةِ؛ لإمكان الفَصلِ، بخِلاف الرَّدِّ بالعَيب؛ حيث يَمتنِعُ زِيادةُ الولَدِ؛ لأنه عَقدُ مُعاوَضةٍ، فلو رَدَّ الأصلَ دون الزِّيادةِ لأدّى إلى الرِّبا؛ لسَلامة الولَدِ له مَجّانًا، وردُّ الولَدِ معها لا يُمكِنُ؛ لأن العَقدَ لم يَرِد عليه، فبَطَل أصلًا، ورَجَع بالنُّقصان.

ثم الْمُرادُ بالاتِّصال: هو أن يَكونَ في نَفس الْمَوهوبِ شيءٌ يُوجِبُ زِيادةً في القِيمة، كما في الْمَذكور في الْمَتن، وكالجَمال، والخِياطةِ، والصَّبغِ، ونحوِ ذلك.

وإن زاد من حيث السِّعرُ: فله الرُّجوعُ؛ لأنه لا زِيادةَ في العَين.

وكذا إذا زاد في نَفسه من غَير أن يَزيدَ في القِيمة، كما إذا طال الغُلامُ الْمَوهوبُ؛ لأنه نُقصانٌ في الحَقيقة، فلا يَمنَعُ الرُّجوعَ.

---

(١) في (ح): هزيلًا.

(٢) في (ج) و(د): بأن كان الموهوب بقرًا لا يسمن عند الموهوب له واحترز.

والْمِيمُ: موتُ أحدِ الْمُتعاقِدَين.

والعَينُ: العِوَضُ، بأن قال: خُذْه عِوَضَ هِبَتِك، أو بدَلَها، أو

ولو نَقَله من مَكانٍ إلى مَكانٍ حتى ازدادَت قِيمتُه، واحتاجَ فيه إلى مُؤنة النَّقلِ.. عندهما: يَنقطِعُ الرُّجوعُ، خِلافًا لأبي يوسف.

ولو وَهَب عبدًا كافِرًا، فأَسلَم في يَد الْمَوهوبِ له، أو وَهَب عبدًا حَلالَ الدَّم، فعَفا وليُّ الجِنايةِ وهو في يَد الْمَوهوبِ له: لا يَرجِعُ، ولو كانَت الجِنايةُ خطأً، ففَداه الْمَوهوبُ له: لا يَمنَعُ الرُّجوعَ، ولا يُستَرَدُّ منه الفِداءُ.

ولو عَلَّم الْمَوهوبُ له العبدَ القُرآنَ، أو الكِتابةَ، أو الصَّنْعةَ: لم يَمتنِع الرُّجوعَ؛ لأن هذه ليست زِيادةً في العَين، وفيه خِلافُ زفرَ، ويُروى الخِلافُ بالعَكس.

ولو اختَلَفا في الزِّيادة فالقولُ للواهِب؛ لأنه يُنكِر لُزومَ العَقدِ.

(**والْمِيمُ: موتُ أحدِ الْمُتعاقِدَين**[1]) الواهِبِ أو الْمَوهوبِ له؛ لأن بمَوت الواهِبِ يَبطُلُ خِيارُه؛ لأنه وصفٌ له، وهو لا يُورَثُ، كخِيار الرُّؤيةِ والشَّرطِ، وبمَوت الْمَوهوبِ له يَنتقِلُ الْمِلكُ إلى وَرَثته، وهُم لم يَستَفيدوه من جِهة الواهِبِ، فلا يَرجِعُ عليهم.

(**والعَينُ: العِوَضُ**) وفَسَّره بقَوله: (**بأن قال**) الْمَوهوبُ له للواهِب (**خُذْه**) أي هذا الشَّيءَ (**عِوَضَ هِبَتِك، أو بدَلَها، أو**) خُذْه

---

(١) في (أ): العاقدين.

بمُقابَلتها، فقَبَضه الواهِبُ: سَقَط الرُّجوعُ، وصحَّ من أجنَبيٍّ، وإن استُحِقَّ نِصفُ الهِبةِ: رَجَع بنِصف العِوَضِ، وبعَكسه: لا، حتى يَرُدَّ ما بَقِي،

(بمُقابَلتها[1]، فقَبَضه الواهِبُ: سَقَط الرُّجوعُ) لما رَوَينا.

ولا بُدَّ من ذِكر المَوهوبِ له أنَّ[2] المَدفوعَ عِوَضٌ عن الهِبة، وقد أشار الشَّيخُ إليه بقَوله: خُذْه عِوَضَ هِبَتِك، أو بدَلَها، أو بمُقابَلتها؛ لأن حقَّ الرُّجوعِ ثابِتٌ له، ولا يَسقُطُ إلا بعِوَضٍ يَرضى به هو، ويُشترَطُ فيه شَرائِطُ الهِبةِ من القَبض والإفرازِ.

ولو وَهَب للواهِب شيئًا ولم يَذكُر أنه عِوَضٌ عنها: كان هِبةً مُبتدَأةً، فلكلِّ واحِدٍ منهما أن يَرجِعَ في هِبَته.

(وصحَّ) العِوَضُ (من أجنَبيٍّ) كما في الصُّلح عن دَم العَمدِ والخُلعِ، ولا يَرجِعُ الأجنَبيُّ على المَوهوب له وإن كان بأمره؛ لأنه لم يُؤدِّ عنه شيئًا واجِبًا، بخِلاف قَضاءِ الدَّين؛ حيث يَرجِعُ إذا كان بأمره.

(وإن استُحِقَّ نِصفُ الهِبةِ: رَجَع) المَوهوبُ له على الواهِب (بنِصف العِوَضِ) لأنه لم يَدفَع إليه إلا ليَسلَمَ له المَوهوبُ كلُّه، فإذا فات بعضُه رَجَع عليه بقَدْره (وبعَكسه) أي وبعَكس الحُكمِ المَذكورِ، وهو ما إذا استُحِقَّ نِصفُ العِوَضِ (لا) يَرجِعُ الواهِبُ بشيءٍ (حتى يَرُدَّ ما بَقِي) من العِوَض.

---

(١) في (ج): بمقابلها.

(٢) في (ج): لأن. وانظر «التبيين» ٥/ ٩٩.

ولو عَوَّض النِّصفَ: رَجَع بما لم يُعوَّض.

والخاءُ: خُروجُ الهِبةِ عن مِلك الْمَوهوبِ له، وببَيعِ نِصفِها: رَجَع في النِّصف، كعَدَم بَيعِ شيءٍ.

وقال زفرُ: يَرجِعُ بنِصف الهِبةِ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما عِوَضٌ عن الآخَر.

ولنا: أن العِوَضَ ليس ببَدَلٍ عنه حَقيقةً، بدَليل أنه يَجوزُ أن يُعوِّضَه أقلَّ من جِنسه في الْمُقدَّرات، ولو كان مُعاوَضةً لَما جاز؛ للرِّبا، وإنما أعطاه ليَسقُطَ حقُّه في الرُّجوع، إلا أنه لم يَرضَ بسُقوط حقِّه إلا بسَلامة كلِّ العِوَضِ، فإذا لم يَسلَم له كلُّه كان له الخِيارُ، إن شاء رَضِي بما بَقِي من العِوَض، وإن شاء ردَّ الباقِيَ عليه، ويَرجِعُ في الهِبة.

(ولو عَوَّض) الْمُوهوبُ له (النِّصفَ) من الهِبة (رَجَع) الواهِبُ (بما لم يُعوَّض) وهو النِّصفُ الباقِي؛ لأن حقَّه في الرُّجوع كان في الكُلِّ، فإذا عَوَّضه عن بَعضه امتَنَع الرُّجوعُ في حقِّه، وبَقِي في الباقِي على ما كان.

(والخاءُ: خُروجُ الهِبةِ) أي العَينِ الْمَوهوبةِ (عن مِلك الْمَوهوبِ له) لأن الإخراجَ عن مِلكه وتَمليكِه لغَيره حَصَل بتَسليط الواهِبِ، فلا يُمكَّنُ من نَقض ما تمَّ من جِهَته (وببَيع نِصفِها) أي نِصفِ الهِبةِ (رَجَع) الواهِبُ (في النِّصف) الباقِي.

(كعَدَم بَيعِ شيءٍ) من الهِبة، يَعني: إذا لم يُبَع منها شيءٌ كان له أن يَرجِعَ في النِّصف ويَترُكَ النِّصفَ، فكذا له أن يَرجِعَ في النِّصف إذا بِيعَ النِّصفُ؛

والزَّايُ: الزَّوجيَّةُ، فلو وَهَب ثم نَكَح: رَجَع، وبالعَكسِ: لا.
والقافُ: القَرابةُ، فلو وَهَب لذي رَحِمٍ مَحرَمٍ منه: لا يَرجِعُ فيها.
والهاءُ: الهَلاكُ، فلو ادَّعاه: صُدِّق.

لأن مَن له حقُّ الرُّجوعِ في الكلِّ يُخيَّرُ بين أن يَستوفِيَ الكلَّ أو النِّصفَ[1]، وكذا له أن يَترُكَ الكلَّ أو البَعضَ.

(والزَّايُ: الزَّوجيَّةُ، فلو وَهَب) لأجنَبيَّةٍ (ثم نَكَح) أي ثم تَزوَّجها (رَجَع) في هِبَته، يَعني: يَجوزُ له الرُّجوعُ (وبالعَكسِ) أي عَكسِ الحُكمِ الْمَذكورِ، بأن وهَب لزوجَتِه ثمَّ أبانَها (لا) يَرجِعُ؛ لأنَّ الْمَقصودَ فيها الصِّلةُ كما في القَرابةِ.

(والقافُ: القَرابةُ) لأن الْمَقصودَ منها صِلةُ الرَّحِم، وقد حَصَل، وفي الرُّجُوعِ قَطيعةُ الرَّحِمِ، فلا يَرجِعُ، سواءٌ كان مُسلِمًا أو كافِرًا، ثم فَسَّر القَرابةَ بقَوله: (فلو وَهَب) رجلٌ (لذي رَحِمٍ مَحرَمٍ منه لا يَرجِعُ فيها) أي في الهِبة.

(والهاءُ: الهَلاكُ) يَعني: هَلاكُ العَينِ الْمَوهوبةِ، فإنه مانِعٌ من الرُّجوعِ؛ لتَعذُّره بعدَ الهَلاكِ؛ إذ هو غيرُ مَضمونٍ عليه (فلو ادَّعاه) أي لو ادَّعى الْمَوهوبُ له الهَلاكَ (صُدِّق) لأنه مُنكِرٌ لوُجوب الرَّدِّ عليه، فأشبَه الْمُودَعَ.

---

(١) في سوى (أ) و(هـ): والنصف.

وإنما يَصِحُّ الرُّجوعُ بتَراضِيهِما، أو بحُكم الحاكِمِ.

فإن تَلِفت الْمَوهوبةُ، فاستَحقَّها مُستَحِقٌّ، وضَمَّن الْمَوهوبَ له: لم يَرجِع على الواهِب بما ضَمِن.

(**وإنما يَصِحُّ الرُّجوعُ**) عن الهِبة بأحَد الأمرَين: إما (**بتَراضِيهِما**) أي الواهِبِ والْمَوهوبِ له (**أو بحُكم الحاكِمِ**) بالرُّجوع؛ لأن حُكمَ العَقدِ قد ثَبَت وتَمّ، والرَّفعُ بعدَ الثُّبوتِ يُوقَفُ على فَسخ مَن له وِلايةُ الفَسخِ، وهو القاضِي أو الْمُتعاقِدان، كالرَّدِّ بالعَيب بعدَ القَبضِ، فما لم يَقضِ القاضِي أو يَفسَخاها بالتَّراضِي: فمِلكُ الْمَوهوبِ له ثابِتٌ في العَين، حتى يَنفُذُ تَصرُّفُه فيه من عَتقٍ وبَيعٍ وغيرِ ذلك، ولو كان بعد الْمُرافَعةِ إلى الحاكِم.

وكذا لو مَنَعه وهَلَك في يَده: لا يَضمَنُ؛ لِقيام مِلكِه فيه، وكذا لو هَلَك بعدَ القَضاءِ قبلَ المنعِ، وإن مَنَعه بعدَ القَضاءِ ضَمِن؛ لوُجود التَّعدِّي، وبكلٍّ منهما يَكونُ فَسخًا من الأَصل، وعندَ زفرَ: الرُّجوعُ بالتَّراضِي عَقدٌ جَديدٌ، فيُجعَلُ بمَنزِلة الهِبةِ الْمُبتدَأةِ.

(**فإن تَلِفت**) العَينُ (**الْمَوهوبةُ**) عندَ الْمَوهوبِ له (**فاستَحقَّها مُستَحِقٌّ، وضَمَّن**) بتَشديد الميمِ، أي الْمُستحِقُّ ضَمَّن (**الْمَوهوبَ له: لم يَرجِع على الواهِب بما ضَمِن**) لأن العَقدَ عَقدُ تَبرُّعٍ، وهو غيرُ عامِلٍ له، فلا يَستحِقُّ السَّلامةَ، ولا يَثبُتُ به الغُرورُ، بخِلاف الوَديعةِ؛ لأن الْمُودَعَ عامِلٌ له، وبخِلاف الْمُعاوَضاتِ؛ لأن عَقدَ الْمُعاوَضةِ يَقتَضي السَّلامةَ.

والهِبةُ بشَرط العِوَضِ: هِبةٌ ابتِداءً، فيُشترَطُ التَّقابُضُ في العِوَضَين، وتَبطُلُ بالشُّيوعُ، بَيعٌ انتِهاءً، فتُرَدُّ بالعَيب، وخِيارِ الرُّؤيةِ، وتُؤخَذُ بالشُّفعة.

(**والهِبةُ بشَرط العِوَضِ هِبةٌ ابتِداءً**) أي في ابتِداءِ العَقدِ (**فيُشترَطُ التَّقابُضُ في العِوَضَين**) لأن القَبضَ شَرطٌ في الِهبة؛ كما مرّ، وكلُّ واحِدٍ منهما واهِبٌ من وجهٍ (**وتَبطُلُ**) الهِبةُ بشَرط العِوَضِ (**بالشُّيوعُ**) لأن هِبةَ الْمُشاعِ لا تَصِحُّ، كما مرّ.

(**بَيعٌ انتِهاءً**) أي في انتِهاء العَقدِ بعد التَّقابُضِ (**فتُرَدُّ بالعَيب وخِيارِ الرُّؤيةِ**) لأحَدهما، كما في البَيع، والفاءُ في (فتُرَدُّ) وفي قَوله: (فيُشترَطُ): نَتيجةُ ما قبلَهما من الكَلام.

(و) كذلك (**تُؤخَذُ بالشُّفعة**) إذا كان أحَدُ العِوَضَين عَقارًا، وعند زفرَ والثَّلاثةِ: بَيعٌ مُطلَقًا، أي ابتِداءً وانتِهاءً؛ لأنها تَمليكٌ ببَدَلٍ من الابتِداء، فكان بَيعًا.

ولنا: أن الْمَوجودَ قبلَ القبضِ ليس إلا الهِبةَ الْمَشروطةَ بالعِوَض، وإنما تَأخُذُ حُكمَ مُبادَلةِ المالِ بالمال بعدَ التَّعويضِ، فكان هِبةً ابتِداءً، وبَيعًا انتِهاءً.

وثَمَرةُ الخِلاف: أن عندهم يَثبُتُ خِيارُ الرُّؤيةِ والرَّدُّ بالعَيب قبلَ القبضِ، ويَجوزُ في مُشاعٍ يَحتمِلُ القِسمةَ، وعندَنا: لا يَثبُتُ شيءٌ من هذه الأحكامِ قبلَ القبضِ.

فصلٌ [في بيان أحكامِ الهِبةِ بالشَّرط والاستِثناءِ وغيرِهما]

ومَن وَهَب أمةً إلا حَمْلَها، أو على أن يَرُدَّها عليه، أو يُعتِقَها، أو يَستولِدَها، أو دارًا على أن يَرُدَّ عليه شيئًا منها، أو يُعَوِّضَه شيئًا منها: صَحَّت الهِبةُ، وبَطَل الاستِثناءُ والشَّرطُ.

هذا (فصلٌ)

في بَيان أحكامِ الهِبةِ بالشَّرط والاستِثناءِ وغيرِهما

(ومَن وَهَب أمةً إلا حَمْلَها، أو) وَهَبها (على أن يَرُدَّها) الْمَوهوبُ له (عليه) أي على الواهِب (أو) وَهَبها على أن (يُعتِقَها، أو) على أن (يَستولِدَها، أو) وَهَبه (دارًا على أن يَرُدَّ) الْموهوبُ له (عليه) أي على الواهِب (شيئًا منها) أي من الدّار (أو) على أن (يُعَوِّضَه) أي الْمُوهوبُ له الواهِبَ (شيئًا منها) أي من الدّار (صَحَّت الهِبةُ) في الوُجوه كلِّها (وبَطَل الاستِثناءُ) في الصُّورة الأُولى (و) بَطَل (الشَّرطُ) في الصُّوَر الباقِيةِ.

وهذا بالإجماع، إلا رِوايةً عن أحمدَ: تَفسُدُ بالشَّرط؛ وذلك لأن الشَّرطَ يَعمَلُ في عُقود الْمُعاوَضاتِ لا التَّبرُّعاتِ، وأما الاستِثناءُ: فلأنه تَصرُّفٌ لَفظيٌّ لا يَعمَلُ إلا فيما تَناوَله اللَّفظُ، والحَمْلُ لم يَدخُل تحتَ اللَّفظِ، وإنما هو وصفٌ للجارِية، فكان تَبَعًا لها، فلا يَصِحُّ استِثناؤُه، بخِلاف الوَصِيّةِ؛ حيث تَجوزُ في الأُمِّ دون الحَمْلِ، وفي الحَمْل دون الأُمِّ؛ لأن بابَها أوسَعُ.

قال الشّارحُ: قولُه: (على أن يُعوِّضَه شيئًا منها): فيه إشكالٌ؛ فإنه إن أرادَ به الهِبةَ بشَرط العِوَضِ: فهي والشَّرطُ جائِزان، فلا يَستقيمُ قولُه: بَطَل

الشَّرطُ، وإن أرادَ به أن يُعوِّضَه عنها شيئًا من العَين الْمَوهوبةِ فهو[1] تكرارٌ مَحْضٌ؛ لأنه ذَكَره بقَوله: على أن يَرُدَّ عليه شيئًا منها.

قُلتُ: هكذا وَقَع في عِبارة «الهِدايةِ»، ولكن فيه: أو تَصدَّق عليه بدارٍ على أن يَرُدَّ عليه شيئًا منها، أو يُعوِّضَه شيئًا منها، ثم قالَت الشُّرّاحُ: إن قولَه: (أو يُعوِّضَه شيئًا منها) مُتَّصِلٌ بقَوله: أو تَصدَّق عليه بدارٍ، حتى لو وَصَل بقَوله: (أو وَهَب دارًا): يَلزَمُ ما ذَكَره الشّارحُ.

قُلتُ: لا يَلزَمُ التَّكرارُ أصلًا؛ لأن قولَه: (على أن يَرُدَّ عليه شيئًا منها): لا يَستلزِمُ أن يَكونَ عِوَضًا؛ لأن كونَه عِوَضًا إنما هو بألفاظٍ مَخصوصةٍ، فيَجوزُ أن يَكونَ ردًّا ولا يَكونَ عِوَضًا؛ لعَدَم الاستِلزامِ.

وأمّا قولُه: (أو يُعوِّضَه شيئًا منها): فصَريحٌ بالعِوَض، ولا شكَّ أنهما مُتغايِران[2].

---

(١) في (ب) و(هـ): فهي.

(٢) قال العلامة شيخي زاده رَحِمَهُ اللَّهُ في «مجمع الأنهر» ٢/ ٣٦٥: واعترض الزيلعي تبعًا لصاحب «النهاية» على قولهم: (أو يعوضه شيئًا منها) بأن المراد به: إما الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان، فلا يستقيم قوله: وبطل الشرط، وإن أراد أن يعوضه عنها شيئًا من العين الموهوبة: فهو تكرار محض؛ لأنه ذكره بقوله على أن يرد شيئًا منها. انتهى.

وأجاب صاحب «الدرر»: بأنّا نختار الشق الأول، وقوله: فهي والشرط جائزان = ممنوع، وإنما يجوز إذا كان العوض معلومًا كما عرفت من المباحث السابقة، وصرح به بعض شراح «الهداية»، وكذا الحال في الصدقة. انتهى.

لكن إن ما جُعل مبنى الجواب من كون العوض المجهول شرطًا فاسدًا موافق =

وَمَن قال لِمَدْيونه: إذا جاء غدٌ فهو لك، أو أنت منه بَرِيءٌ، أو إن أدَّيتَ إليَّ نِصفَه فلك نِصفُه، أو أنت بَرِيءٌ من النِّصف الباقِي: فهو باطِلٌ.

(ومَن قال لِمَديونه: إذا جاء غدٌ فهو) أي الدَّينُ (لك، أو أنت منه) أي من الدَّين (بَرِيءٌ، أو) قال لِمَديونه (إن أدَّيتَ إليَّ نِصفَه) أي نِصفَ الدَّينِ (فلك نِصفُه، أو) قال له: إن أدَّيتَ إليَّ نِصفَه (أنت بَرِيءٌ من النِّصف الباقِي: فهو) أي قولُه هذا كلُّه (باطِلٌ) لأن الإبراءَ تَمليكٌ من وجهٍ، وإسقاطٌ من وجهٍ، ولهذا يَرتَدُّ بالرَّدِّ[1]، ولا يَتوقَّفُ على القَبول.

والتَّعليقُ بالشُّروط يَختصُّ بالإسقاطات الْمَحْضةِ التي يُحلَفُ بها، كالطَّلاق والعَتاقِ، وهذا تَمليكٌ من وجهٍ، فلا يَجوزُ تَعليقُه بالشَّرط،

= لـ «الخانية» في مسألة هبة الأرض بشرط إنفاق ما يخرج منها على الواهب، لكنه مخالف لما قاله التمرتاشي من أنه لو وهب بشرط العوض ولم يسم العوض جاز؛ لأن الهبة تقتضي عوضًا مجهولًا.

وقد أجاب بعض الفضلاء بأنّا نختار الشق الثاني ولا تكرار؛ لأن في عبارة العوض مظنة الصحة كما لا يخفى، لكن الأولى ما في «شرح الكنز» للعيني من أنه لا يلزم التكرار أصلًا؛ لأن قوله: على أن يرد عنه شيئًا منها: لا يستلزم أن يكون عوضًا؛ لأن كونه عوضًا إنما هو بألفاظ مخصوصة، فيجوز أن يكون ردًّا، ولا يكونَ عوضًا؛ لعدم الاستلزام، وأما قوله: أو يعوضه شيئًا منها: فصريح بالعوض، ولا شك أنهما متغايران. انتهى.

قلت: وأصل جواب العيني رَحِمَهُ اللَّهُ عند العلامة البابرتي رَحِمَهُ اللَّهُ في «العناية» ٩/ ٥٣. ونقل نحو هذا الجواب الشلبي عن الرازي حيث قال ٥/ ١٠٤: قال الرازي رَحِمَهُ اللَّهُ: لا تكرار فيه؛ لأن الأول هبة بشرط الفسخ؛ لأن الرد دليل الرجوع، والثاني هبة شيء بشرط أن يكون شيء منه عوضًا عن نفسه. اهـ.

(١) في (أ): لا يرتد بالرد. وانظر «التبيين» ٥/ ١٠٤.

وصحَّ العُمْرَى للمُعمَر حالَ حَياتِه، ولوَرَثته بعدَه، وهي: أن يَجعَلَ دارَه له عُمُرَه، فإذا مات تُرَدُّ عليه.

لا الرُّقبى، أي إن مِتُّ قبلَك فهي لك.

فبَطَل، بخِلاف قولِه: أنتَ بَريءٌ من النِّصف على أن تُؤدِّيَ إليَّ النِّصفَ؛ لأنه تَقييدٌ وليس بتَعليقٍ.

(وصحَّ العُمرى) بضمِّ العَينِ، فُعلى، اسمٌ من العُمُر، فإذا صَحَّت تكونُ (للمُعمَر) بفَتح الميمِ الثّانيةِ، وهو الْمَوهوبُ له (حالَ حَياتِه، و) تَكونُ (لوَرَثته بعدَه) أي بعد موتِ الْمُعمَرِ؛ لقَوله عَلَيهِالصَّلَاةُوَالسَّلَامُ: «مَن أعمَر عُمرَى فهي لِمُعمَره مَحياه ومَماتَه، لا تُرقِبوا، مَن أُرقِب شيئًا فهو سَبيلُ الْمِيراثِ»، رَواه أحمدُ وأبُو داوُدَ والنَّسائيُّ[1].

وعند مالِكٍ والشّافعيِّ في القَديم: هو للمُعمِر، مَنافِعُه للمُعمَر له لا لوَرَثته.

ثم أشار إلى تَفسير العُمرى بقَوله: (وهي أن يَجعَلَ دارَه له عُمُرَه، فإذا مات تُرَدُّ عليه) أي على الْمُعمِر، بكَسر الميم الثّانيةِ، وهو الواهِبُ.

(لا) تَصِحُّ (الرُّقبى) بضمِّ الرّاءِ، وأشار إلى تَفسيرها بقَوله: (أي إن مِتُّ قبلَك فهي لك) وإن مِتَّ قَبلي فهي لي، فكأن كلٌّ واحِدٍ منهما يُراقِبُ مَوتَ الآخَرِ، فلا تَجوزُ؛ لما رَوَينا.

---

(1) الإمام أحمد (٢١٦٥١) واللفظ له، وروى صدره لا كله وبلفظ قريب: أبو داود (٣٥٥١)، والنسائي (٣٧٤٠)، وأصله عند مسلم (١٦٢٥) بلفظ: «أمسكوا عليكم أموالكم، ولا تفسدوها، فإنه من أعمَر عُمرَى فهي للذي أعمرها حَيًّا ومَيِّتًا، ولعقبه».

والصَّدَقةُ كالهِبة، لا تَصِحُّ إلا بالقَبض، ولا في مُشاعٍ يَحتمِلُ القِسمةَ، ولا رُجوعَ فيها.

وقال أبو يوسف: تَجوزُ؛ لما رُوِي عن ابن عبّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال: «العُمرى جائِزةٌ لِمَن أُعمِرَها، والرُّقبى جائِزةٌ لِمَن أُرقِبها»، رَواه أحمدُ والنَّسائيُّ، وبه قال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ وأحمدُ.

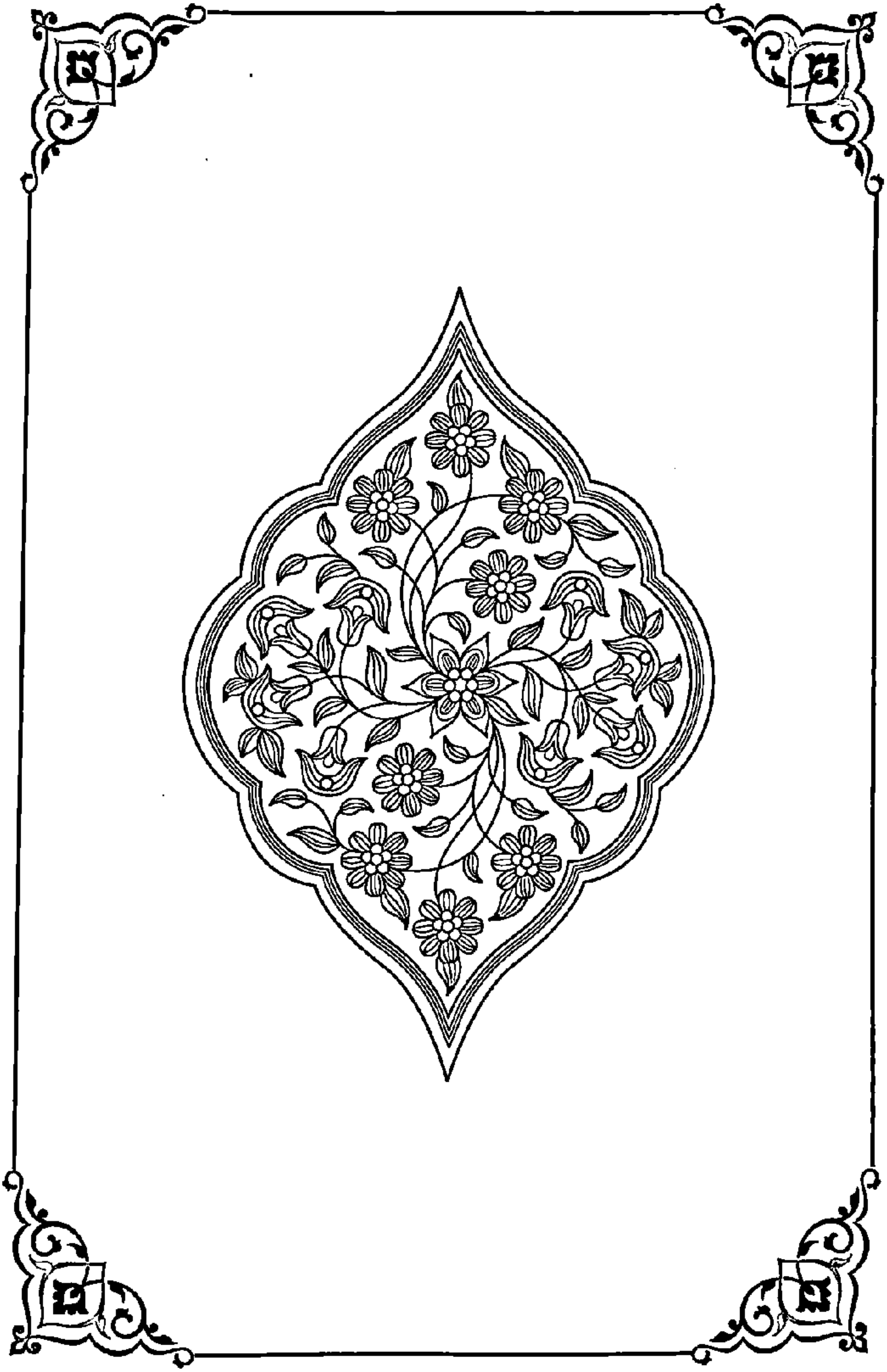
والجَوابُ عنه: أنه مَأخوذٌ من الإرقاب، مَعناه: رَقَبةُ داري لك، وذلك جائِزٌ، لكن لما احتَمَل الأمرَين لم تَثبُت الهِبةُ بالشَّكّ، فتَكونُ عارِيةً[1].

(والصَّدَقةُ كالهِبة) لأنها تَبرُّعٌ مِثلُها، فإذا كان كذلك (لا تَصِحُّ إلا بالقَبض، ولا) تَصِحُّ (في مُشاعٍ يَحتمِلُ القِسمةَ) كسَهمٍ من الدّار (ولا رُجوعَ فيها) أي في الصَّدَقة؛ لأن المَقصودَ فيها هو الثَّوابُ دونَ العِوَضِ.

---

(١) فحاصله: أنه متى وُجد التمليك في الحال واشتراطُ الرد في المآل: يجوز بالإجماع؛ لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشرط بل الشرط يبطل، ومتى كان التمليكُ مضافًا إلى زمان في المستقبل: لا يجوز بالإجماع، فكان الخلاف بينهم مبنيًا على تفسير الرقبى، فمن قال: إنه تمليك في الحال: أجازه، ومن قال: إنه مضاف: لم يُجزه، وليس باختلاف حقيقة، ومثل هذا تقدم في نكاح الصابئات، وفي فساد الصوم بالإقطار في الإحليل، وفي وجوب الدم إذا غسل المحرم رأسه بالخطمي، وبلبس الثوب المصبوغ بعصفر. فإذا لم يكن بينهم خلاف في الحقيقة واللفظ صالح للمعنيين: أمكن التوفيق بين الأخبار، فما ورد من النهي عن الرقبى: محمول على أن المراد به إبطال شرط الجاهلية، وهو الاسترداد بعد موت الموهوب له، وما جاء فيه من الإطلاق: محمول على أنه جائز، والشرط باطل، ومثله جاء النهي عن العمرى أيضًا... وفيهما أخبار كثيرة، بعضها يمنعهما وبعضها يجيزهما، وبالحمل على ما حملناه حصل التوفيق، فلا معارضة. «التبيين» ٥/ ١٠٤.

كتاب الاجارة



كِتاب الإجارةِ

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (الإجارةِ)

هي فِعالةٌ، أو إعالةٌ على تَقدير حذفِ فاء الفِعلِ، من أجَرَ يأجُرُ، من باب طَلَب وضَرَب، فهو آجِرٌ، وذاك مَأجورٌ، وفي كِتاب «العَينِ»: آجَرتُ مَملوكي أُوجِرُه إيجارًا، فهو مُؤجَرٌ.

وفي «الأساس»: آجَرَني دارَه، فاستَأجَرتُها، وهو مُؤجِرٌ، ولا تَقُل: مُؤاجِرًا؛ فإنه خطأٌ قَبيحٌ[1]، قال: وليس (آجِرٌ) هذا فاعِلٌ، وإنما هو أَفْعِل[2].

---

(١) في «التبيين» ٥/ ١٠٥: فإنه خطأ وقبيح، وفي «حاشيته»: أما خطؤه: فإنه من باب أفعِل، لا من باب فاعِلَ، وأما قبحه: فإنه يستعمل في موضع القبح. اهـ قلت: وقد مر في فصل التعزير.

(٢) قال في «المصباح» ١/ ٥» أجَره الله أجرًا: من باب قتل، ومن باب ضرب لغة بني كعب، وآجَرَه بالمد: لغة ثالثة.. إذا أثابه، وأَجَرت الدار والعبد: باللغات الثلاث. قال الزمخشري: وآجرت الدار على أفعلت، فأنا مُؤْجِرٌ، ولا يقال مؤاجِرٌ فهو خطأ، ويقال: آجرته مؤاجَرةً، مثل عاملته معاملة وعاقدته معاقدة، ولأن ما كان من فاعَلَ في معنى المعاملة كالمشاركة والمزارعة إنما يتعدى لمفعول واحد، ومؤاجرة الأجير من ذلك، فآجرت الدار والعبد من أَفْعَلَ لا مِن فَاعَل، ومنهم من يقول: آجرت الدار على فاعَل فيقول: آجرتُه مؤاجرة.
واقتصر الأزهري: على آجرته فهو مُؤْجِر، وقال الأخفش: ومن العرب من يقول: =

هي: بَيعُ مَنفَعةٍ مَعلومةٍ بأجرٍ مَعلومٍ.
وما صحَّ ثَمَنًا صحَّ أُجرةً.

والأُجرةُ: الاسمُ، وهي: ما يُعطى من كِرى الأجيرِ، والأجرُ: ما يُستَحَقُّ على عَمَل الخيرِ، ولهذا يُدعى به فيُقالُ: أَعظَم اللهُ أجرَك.

وفي الشَّرع: (هي) أي الإجارةُ (بَيعُ مَنفَعةٍ مَعلومةٍ بأجرٍ مَعلومٍ) وقِيل: هي تَمليكُ الْمَنافِعِ بعِوَضٍ، بخِلاف النِّكاحِ؛ فإنه ليس بتَمليكٍ، وإنما هو استِباحةُ الْمَنافِعِ بعِوَضٍ، وقد جُوِّزت بالإجماع؛ لضَرورة النّاسِ.

(وما) أي كلُّ شيءٍ (صحَّ ثَمَنًا) في البَيع (صحَّ أُجرةً) في الإجارة، فإن كانَت الأُجرةُ عَينًا جاز كلُّ عَينٍ أن تكونَ أجرةً، كما جاز أن يَكونَ بَدَلًا

= آجَرتُه فهو مؤجِرٌ، في تقدير: أفعَلتُ فهو مُفعِلٌ، وبعضهم يقول: فهو مؤاجر، في تقدير فاعلته.

ويتعدى إلى مفعولين، فيقال: آجرتُ زيدًا الدار، وآجرت الدار زيدًا، على القلب، مثل: أعطيتُ زيدًا درهمًا، وأعطيت درهمًا زيدًا.

ويقال: آجرت من زيد الدارَ للتوكيد، كما يقال: بعت زيدًا الدار، وبعت من زيد الدار.
والأجرة: الكراء، والجمع أُجَر، مثل غرفة وغرف، وربما جمعت أُجُرات بضم الجيم وفتحها.

ويستعمل الأجر بمعنى الإجارة، وبمعنى الأجرة، وجمعه أجور، مثل فَلسٍ وفلوس، وأعطيته إجارته بكسر الهمزة: أي أُجرته، وبعضهم يقول: أُجارَته بضم الهمزة؛ لأنها هي العُمالة، فتضمها كما تضمها.

واستأجرت العبد: اتخذته أجيرًا، ويكون الأجير بمعنى فاعِل، مثل نديم وجليس، وجمعه أجراء، مثل شريف وشرفاء. انتهى. وانظر «المغرب» ٢٢٠.

والْمَنفعةُ تُعلَمُ ببَيان الْمُدّةِ، كالسُّكنى، والزِّراعةِ، فيَصِحُّ على مُدّةٍ مَعلومةٍ، أيِّ مُدّةٍ كانَت.

ولم تَزِد في الأوقاف على ثَلاث سِنينَ.

في البَيع، وإن كان مَوصوفًا في الذِّمّة يَجوزُ أيضًا كلُّ ما جاز أن يَكونَ ثَمَنًا أو مَبيعًا في الذِّمّة، كالْمُقَدَّرات والْمَذروعاتِ، وما لا فلا.

وقولُه: (وما صحَّ ثَمَنًا صحَّ أُجرةً): لا يُنافِي العَكسَ، حتى صحَّ أُجرةً ما لا يَصِحُّ ثَمَنًا، كالْمَنفَعة؛ فإنها لا تَصلُحُ ثَمَنًا، وتَصلُحُ أُجرةً إذا كانت مُختَلِفةَ الجِنسِ، كاستِئجار سُكنى الدّارِ بزِراعة الأرضِ، وإن اتَّحَد جِنسُهما لا يَجوزُ، كاستِئجار الدّارِ بسُكنى الدّارِ، وكاستِئجار الأرضِ للزِّراعة بزِراعة أرضٍ أُخرى[1].

(والْمَنفَعةُ تُعلَمُ) بأُمورٍ ثَلاثةٍ، الأوّلُ: (ببَيان الْمُدّةِ) طالَت أو قَصُرت (كالسُّكنى والزِّراعةِ) أي كمن استَأجَر دارًا للسُّكنى، أو أرضًا للزِّراعة (فيَصِحُّ) العَقدُ (على مُدّةٍ مَعلومةٍ، أيِّ مُدّةٍ كانَت) إلا في قولٍ للشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا تَصِحُّ في أكثرَ من سَنةٍ، وعنه: أكثرَ من ثَلاث سِنينَ، ويُفتى في الوَقف بثَلاث سِنينَ على ما مرَّ، أشار إليه بقَوله:

(ولم تَزِد) في الْمُدّة (في الأوقاف على ثَلاث سِنينَ) خَوفًا من دَعوى الْمُستأجِرين الْمِلكِيّةَ عند تَطاوُلِ الْمُدّةِ.

(١) لأن المنافع معدومة، فيكون بيعًا بالنسيئة على ما قالوا، فلا يجوز ذلك في الجنس المتحد؛ لأنه يكون كبيع القوهي -ضرب من الثياب البيض- بالقوهي نسيئةً، بخلاف مختلفي الجنس على ما قالوا. «التبيين» ٥/١٠٦.

أو بالتَّسمِية، كالاستِئجار على صَبغِ الثَّوبِ، وخِياطتِه.

أو بالإِشارة، كالاستِئجار على نَقل هذا الطَّعامِ إلى كذا.

والحِيلةُ في الزِّيادة: أن يَعقِدَ عُقودًا، كلَّ عَقدٍ على سَنةٍ، ويَكتُبَ في الكِتاب: إنَّ فُلانَ بنَ فلانٍ استَأجَر الوقفَ كذا وكذا سَنةً بكذا وكذا عَقدًا، في كلِّ عَقدٍ سَنةٌ[1]، وذَكَر صدرُ الإسلامِ أن الحِيلةَ فيه أن يُرفَعَ[2] إلى الحاكِم حتى يُجيزَه.

هذا إذا لم يَنُصَّ الواقِفُ على الْمُدّة، فإن نَصَّ على شيءٍ: يُتَّبعُ ذلك، طال أو قَصُر؛ لأن نَصَّ الواقِفِ كنَصِّ الشّارِع.

(**أو**) تُعلَمُ الْمَنفَعةُ (**بالتَّسمِية**) وهو الأمرُ الثّاني (**كالاستِئجار على صَبغِ الثَّوبِ وخِياطتِه**) أي خِياطةِ الثَّوبِ، وكذا استِئجارُ الدّابّةِ للحَمْل عليها مِقدارًا مَعلومًا، أو للرُّكوب مَسافةً مَعلومةً؛ لأنه إذا بَيَّن الثَّوبَ، ولونَ الصِّبغِ وقَدْرَه، وجِنسَ الخِياطةِ، وقَدْرَ الْمَحمولِ وجِنسَه، والْمَسافةَ: صارَت الْمَنفَعةُ مَعلومةً بالتَّسمِية.

(**أو**) تُعلَمُ الْمَنفَعةُ (**بالإِشارة**) وهو الأمرُ الثّالِثُ (**كالاستِئجار على نَقل هذا الطَّعامِ إلى كذا**) أي إلى مَوضِعٍ عَيَّنه؛ لأنه إذا عَيَّن له الْمَحمولَ وغايةَ الْمَحِلِّ[3]: تَعيَّنت الْمَنفَعةُ، فيَصِحُّ العَقدُ.

---

(١) فيكون العقد الأولُ لازمًا والثاني غيرَ لازم؛ لأنه مضاف. اهـ شلبي ٥/١٠٦.

(٢) في سوى (أ) و(ج): يرجع. وانظر «التبيين» ٥/١٠٦.

(٣) في (أ): الحمل.

والأجرةُ لا تُملَكُ بالعَقد، بل بالتَّعجيل، أو بشَرطه، أو بالاستيفاء، أو بالتَّمكُّن منه.

(والأجرةُ) في الإجارة (لا تُملَكُ بالعَقد) أي بنَفس العَقدِ، سواءٌ كانَت الأجرةُ عَينًا أو دَينًا (بل) تُملَكُ بأحَد أربَعةِ أشياءَ.

الأوَّلُ: (بالتَّعجيل) أي بتَعجيل الْمُستَأجِرِ الأُجرةَ.

(أو بشَرطه) أي أو بشَرط التَّعجيلِ، وهو الأمرُ الثَّاني.

(أو بالاستيفاء) أي أو باستيفاء الْمَعقُودِ عليه، وهي الْمَنفَعةُ، وهو الأمرُ الثَّالِثُ.

(أو بالتَّمكُّن منه) أي من الاستيفاء بتَسليمِ العَينِ الْمُستأجَرةِ في الْمُدّة، وهو الأمرُ الرّابعُ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُملَكُ بنَفس العَقدِ، ويَجِبُ تَسليمُها عند تَسليمِ العَينِ الْمُستأجَرةِ؛ لأنها عَقدُ مُعاوَضةٍ، فيَثبُتُ الْمِلكُ في البَدَلَين بنَفس العَقدِ، وبه قال أحمدُ، وقال مالِكٌ: لا يُملَكُ إلا بالاستيفاء فقط.

ولنا: أن هذا عَقدُ مُعاوَضةٍ، فيَقتَضي الْمُساواةَ بينهما، وذلك بتَقابُل البَدَلَين في الْمِلك والتَّسليمِ، وأحَدُ البَدَلَين -وهو الْمَنفَعةُ- لم تَصِر مَملوكةً بنَفس العَقدِ؛ لاستِحالة ثُبوتِ الْمِلكِ في الْمَعدوم، فكذا في البَدَل الآخَرِ.

ولو مَلَك الأُجرةَ لَمَلَكها بغَير بَدَلٍ، وهو ليس من قَضيّة الْمُعاوَضةِ، فيُؤَخَّرُ الْمِلكُ فيه ضَرورةً إلى ما ذَكَرنا.

....

فإن قُلتَ: يَصِحُّ الإبراءُ من الأُجرة بعد العَقدِ، ولو لم يَملِكها لما صحّ، وكذا يَصِحُّ[1] الارتِهانُ والكَفالةُ بها، وكذا لو تَزوّج امرَأةً بسُكنى دارِه سَنةً وسَلَّم الدّارَ إليها: ليس لها أن تَمنَعَ نفسَها.

قُلتُ: لا يَصِحُّ الإبراءُ عند أبي يوسف؛ لعَدَم وُجوبِه، بخِلاف الدَّينِ المُؤجَّلِ؛ لأنه ثابِتٌ في الذِّمّة، وأما على قَول محمدٍ: فلأنه وُجِد سبَبُ وُجوبِه، فجاز إبراؤه بعد وُجوبِ[2] السَّبَبِ، كالإبراء عن القِصاص بعد الجَرْحِ، والرَّهنِ، والكَفالةِ للوَثيقةِ، فلا يُشترَطُ فيه حَقيقةُ الوُجوبِ؛ ألا تَرى أنهما جائِزان بالثَّمَن في البيع[3] المَشروطِ فيه الخِيارُ، وبالدَّين المَوعودِ، وجازَت الكَفالةُ بالدَّرَك، وجاز تَعليقُها بالشَّرط، فكذا بهذا الدَّين..

وإنما لم يكن للمَرأة أن تَحبِسَ نفسَها بعد تَسليمِ الدّارِ إليها: لأنه أوفى ما سَمّى لها برِضاها، وهو المُرادُ بمِثله عادةً عند الإطلاقِ، فصار كما إذا أَجّلت المَهرَ كُلَّه؛ فإنه يَجِبُ عليها تَسليمُ نفسِها قبلَ حُلولِه، فكذا هنا، بل أولى؛ لأنها تَسلَّمت الدّارَ، وهي قائِمةٌ مَقامَ المَنفَعةِ من وجهٍ.

(١) في (ج): لا يصح. وانظر «التبيين» ٥/١٠٨.
(٢) في سوى (أ): وجود.
(٣) في سوى (أ): في المبيع.

فإن غُصِبت منه: سَقَط الأجرُ.
ولربِّ الدّارِ والأرضِ طَلَبُ الأجرِ كُلَّ يومٍ، وللجَمّال: كلَّ مَرحَلةٍ، وللقَصّار والخَيّاطِ: بعد الفَراغِ من العَمَل، ....

(فإن غُصِبت[1]) العَينُ الْمُستأجَرةُ (منه) أي من الْمُستأجِر (سَقَط الأجرُ) كلُّه فيما إذا غُصِبت في جَميع الْمُدّةِ، وإن غُصِبت في بَعضها سَقَط بحِسابها؛ لزَوال التَّمكُّنِ من الانتِفاع.

وهل تَنفسِخُ[2] الإجارةُ؟ قال صاحِبُ «الهِداية»: تَنفسِخُ، وقال قاضِي خانَ في «فَتاواه» والفَضليُّ: لا تَنتقِضُ[3].

(ولربِّ الدّارِ والأرضِ[4] طَلَبُ الأجرِ كُلَّ يومٍ، وللجَمّال) -بالجِيم- طَلَبُ الأجرِ أيضًا (كلَّ مَرحَلةٍ) وقال زفرُ: ليس لهم ذلك إلا بعد انقِضاءِ الْمُدّةِ وانتِهاءِ السَّفَرِ؛ لأن الْمَعقودَ عليه جُملةُ الْمَنافِعِ في الْمُدّة، فلا يَتوزَّعُ الأجرُ على أجزائها، وهو قولُ أبي حنيفةَ أوَّلًا.

ولنا: أنه استَوفى بعضَ الْمَعقودِ عليه على وجهٍ لا يُمكِنُ نَقضُه، فيَجِبُ قَدْرُه من البَدَل؛ نَظَرًا له، وتَسوِيةً بين العاقِدَين.

(وللقَصّار والخَيّاطِ) طَلَبُ الأُجرةِ (بعد الفَراغِ من العَمَل) لأن العَمَلَ في البَعض غيرُ مُنتفَعٍ به، فلا يَستوجِبُ الأجرَ بمُقابَلته حتى يَفرُغَ من العَمَل

---

(١) في (ب) و(هـ): غصب.
(٢) في (هـ): وهل تبتاع وهل تنفسخ. وهي زيادة لا محل لها، وانظر «التبيين» ٥/١٠٨.
(٣) في (ح): لا تنفسخ.
(٤) في (ج): ولرب الدار والأجير.

وللخَبّاز: بعد إخراجِ الخُبزِ من التَّنُّور، فإن أَخرَجه فاحتَرَق: له الأجرُ،

فيَستحِقُّ الكُلَّ، وكذا إذا عَمِل في بَيت الْمُستأجِرِ ولم يَفرُغ من العَمَل: لا يَستحِقُّ شيئًا من الأُجرة على ما ذَكَره صاحِبُ «الهِدايةِ» وصاحِبُ «التَّجريدِ».

وفي «الْمَبسوط» و«الذَّخيرةِ» وقاضِي خانَ: إذا خاط البَعضَ في بَيت الْمُستأجِرِ يَجِبُ الأجرُ له بحِسابه، حتى إذا سُرِق الثَّوبُ بعدما خاط بعضَه يَستحِقُّ الأُجرةَ بحِسابه، واستَشهَد في «الأَصل» بما لو استَأجَر إنسانًا ليَبنِيَ له حائِطًا، فبَنى بعضَه، ثم انهَدَم: فله أجرُ ما بَنى[1].

(وللخَبّاز) طَلَبُ الأُجرةِ (بعد إخراجِ الخُبزِ من التَّنُّور) لأنه قد فَرَغ، فيَملِكُ الْمُطالَبةَ، كالخَيّاط إذا فَرَغ من العَمَل، هذا إذا كان يَخبِزُ في بَيت الْمُستأجِرِ، وإن كان في بَيته لم يكن مُسلَّمًا بمُجرَّد الإخراجِ من التَّنُّورِ.

(فإن أَخرَجه) أي فإن أَخرَج الخَبّازُ الخُبزَ من التَّنُّور (فاحتَرَق) الخُبزُ (له الأجرُ) لأنه بمُجرَّد الإخراجِ صار مُسلَّمًا إليه؛ لأنه في مَنزِل الْمُستأجِرِ، فاستَحقَّ الأجرَ بوَضعه فيه.

---

(١) فهذا يَدُلُّ على أنه يَستَحِقُّ الأجر ببعض العمل في الكل، إلا أنه يُشترط فيه التسليم إلى المستأجر، ففي سكنى الدار وقطع المسافة صار مسلَّمًا إليه بمجرد تسليم الدار وقطع المسافة، وفي الخياطة ونحوها لا يكون مسلَّمًا إليه إلا إذا سلمه إلى صاحبه حقيقةً، ففي خياطته في منزل المستأجر يحصل التسليم بمجرد الفعل؛ إذ هو في منزله، والمنزل في يده، فلا يحتاج فيه إلى التسليم الحقيقي، فيجب بمجرد العمل. «التبيين» ٥/١٠٩.

ولا ضَمانَ عليه، وللطَّبّاخ: بعد الغَرْفِ، وللَّبّان بعد الإقامةِ.

(**ولا ضَمانَ عليه**) إذا هَلَك بعد ذلك بالإجماع؛ لأنه هَلَك بعد التَّسليمِ، ولو احتَرَق قبلَ أن يُخرِجَه، أو سَقَط من يَده قبلَ الإخراجِ، فاحتَرَق: لا يَستحِقُّ الأجرَ؛ لهَلاكه قبلَ التَّسليمِ.

وإن كان يَخبِزُ في مَنزِل نفسِه لا يَستحِقُّ الأجرَ بالإخراج من التَّنُّور؛ لما ذَكَرنا، فلا بُدَّ من التَّسليم الحَقيقيِّ.

ولو هَلَك هنا قبلَ التَّسليمِ إلى صاحِبه لا يَستحِقُّ الأجرَ؛ لعَدَم التَّسليمِ الحَقيقيِّ، ولا يَجِبُ عليه الضَّمانُ عند أبي حنيفةَ، خِلافًا لهما.

ثم إذا صار ضامِنًا فالمالِكُ بالخِيار، إن شاء ضَمَّنه دَقيقًا مِثلَ دَقيقِه، ولا أجرَ له، وإن شاء ضَمَّنه قِيمةَ الخُبزِ وأعطاه الأجرَ، ولا يَجِبُ عليه ضَمانُ الحَطَبِ والمِلحِ.

(**وللطَّبّاخ**) طَلَبُ الأُجرةِ (**بعد الغَرْفِ**) أي غَرْفِ الطَّبخِ؛ لأن الغَرْفَ عليه، هذا إذا كان يَطبُخُ للوَليمةِ، وإن كان يَطبُخُ قِدْرًا[1] خاصّةً لأهل البَيتِ فليس عليه الغَرْفُ؛ للعُرف.

(**وللَّبّان**) أي وللذي يَتَّخِذُ اللَّبِنَ من الطِّين طَلَبُ الأُجرةِ (**بعد الإقامةِ**) عند أبي حنيفةَ، وقالا: بتَشريجه[2]؛ لأنه من تَمام العمَلِ، وله: أن الفَراغَ هو الإقامةُ، والتَّشريجَ عمَلٌ زائِدٌ، وهو: كنَقلِ اللَّبِنِ من مَكانه.

---

(١) في (أ) و(ب) و(هـ): قدرة، وفي (ج) و(د): قدره. والمثبت من «التبيين» ٥/ ١١٠.
(٢) تشريج اللبن: تنضيده، وضم بعضه إلى بعض. «المغرب» ص٢٤٧.

ومَن لعَمَله أثرٌ في العَين، كالصَّبّاغ والقَصّارِ: يَحبِسُها للأجر، فإن حَبَس فضاع: فلا ضَمانَ عليه، ولا أجرَ.

وثَمَرةُ الخِلافِ: فيما إذا فَسَد اللَّبِنُ بالْمَطَر ونحوِه بعدما أقامه، فعنده: يَجِبُ الأجرُ، وعندهما: لا يَجِبُ إذا هَلَك قبلَ التَّشريجِ.

هذا إذا لَبَّن في أرض الْمُستأجِرِ، وإن لَبَّن في أرض نفسِه لا يَستحِقُّ حتى يُسلِّمَه، وذلك بالعَدِّ بعد الإقامةِ عنده، وعندهما: بالعَدِّ بعد التَّشريجِ.

(ومَن) كان (لعَمَله أثرٌ في العَين، كالصَّبّاغ والقَصّارِ: يَحبِسُها) أي يَحبِسُ العَينَ (للأجر) أي لأجل الأُجرةِ حتى يَستوفِيَها، وقال زفرُ: ليس له ذلك؛ لأن الْمَعقودَ عليه صار مُسلَّمًا إلى صاحِب العَينِ باتِّصاله بمِلكِه، فسَقَط حَقُّ الحَبسِ به، وبه قال أحمدُ.

قُلنا: اتِّصالُ العمَلِ بالمحَلِّ ضَرورةَ إقامةِ العمَلِ، فلم يكن راضِيًا بهذا الاتِّصالِ من حيث إنه تَسليمٌ، بل رِضاه في تَحقيق عمَلِ الصَّبغِ ونحوِه من الأثَر في المحَلِّ؛ إذ لا وُجودَ للعَمَل إلا به، فكان مُضطَرًّا إليه، والرِّضا لا يَثبُتُ مع الاضطِرارِ.

(فإن[1] حَبَس) العَينَ (فضاع) أي هَلَك (فلا ضَمانَ عليه) لأن العَينَ أمانةٌ في يَده عند أبي حنيفةَ، وعندهما: عليه الضَّمانُ بعد الحَبسِ كما قَبْلَه؛ بِناءً على تَضمين الأجيرِ الْمُشترَكِ (ولا أجرَ) له؛ لأن الْمَعقودَ عليه هَلَك قبلَ التَّسليمِ، وذلك يُوجِبُ سُقوطَ الأجرةِ.

---

(١) في سوى (أ): وإن.

ومَن لا أثَرَ لعَمَله، كالجَمّال والمَلّاحِ: لا يَحبِسُ للأجر.

ولا يَستعمِلُ غيرَه إن شَرَط عمَلَه بنَفسه، وإن أطلَق: كان له أن يَستأجِرَ غيرَه.

(ومَن لا أثَرَ لعَمَله، كالجَمّال) بالجِيم، والأولى أن يَكونَ بالحاء المُهمَلةِ (والمَلّاحِ) وهو النُّوتِيُّ بلُغة أهلِ مِصرَ (لا يَحبِسُ) العَينَ (للأجر) لأن المَعقودَ عليه نَفسُ العمَلِ، وهو عَرَضٌ[1]، ولا له أثَرٌ يَقومُ مَقامَه، فلا يُتَصوَّرُ حَبسُه، بخِلاف رادِّ[2] الآبِقِ؛ فإنه يَحبِسُه على الجُعل وإن لم يكن لعَمَله أثَرٌ؛ لأنه كان على شَرَف الزَّوالِ والهَلاكِ، فأحياه بالرَّدِّ، فكأنه باعَه من مَولاه، فكان له حَقُّ الحَبسِ.

(ولا يَستعمِلُ) الأجيرُ (غيرَه إن شَرَط عمَلَه بنَفسه) لأن المَعقودَ عليه من محَلٍّ[3] مُعيَّنٍ، فلا يَقومُ غيرُه مَقامَه.

(وإن أطلَق) المُستأجِرُ (كان له أن يَستأجِرَ غيرَه) لأن الواجِبَ عليه عمَلٌ في ذِمّته، ويُمكِنُه الإيفاءُ بنَفسه والاستعانةُ[4] بغَيره، كالمَأمور بقَضاء الدَّينِ.

---

(١) في (هـ): عوض.

(٢) في سوى (أ): رد.

(٣) في (ج): لأن المعقود عليه في محل، وفي (هـ): لأن المعقود عليه عمل في محل. وانظر «التبيين» ٥/ ١١٢.

(٤) في سوى (أ): والاستيفاء. وانظر «التبيين» ٥/ ١١٢.

وإن استَأجَره ليَجيءَ بعِياله، ومات بعضُهم، فجاء بمن بَقِي: فله أجرُه بحِسابه.

ولا أجرَ لحامِل الكِتابِ للجَواب، ولا لحامِل الطَّعامِ: إن رَدَّه للمَوت.

(**وإن استَأجَره**) أي إن استَأجَر رجلٌ رجلًا (**ليَجيءَ بعِياله**) من مَوضِعٍ (**ومات**[1] **بعضُهم**) أي بعضُ العِيالِ (**فجاء**) الأجيرُ (**بمن بَقِي**) من العِيال (**فله**) أي فللأجير (**أجرُه بحِسابه**) لأنه أَوفى بعضَ الْمَعقودِ عليه، فيَستحِقُّ الأجرَ بحِسابه.

قال الفَقيهُ أبُو جَعفَرٍ الهِندُوانيُّ: هذا إذا كان عِيالُه مَعلومِين، حتى يَكونَ الأجرُ مُقابَلًا بجُملتهم، وإن كانُوا غيرَ مَعلومِين يَجِبُ الأجرُ كلُّه.

(**ولا أجرَ لحامِل الكِتابِ للجَواب**) أي لأَجل الجَوابِ يَجيءُ به من الْمَكتوب إليه (**ولا لحامِل الطَّعامِ**) وهو الذي يُستأجَرُ ليَذهَبَ بطَعامٍ إلى فُلانٍ بمَكّةَ مثلًا (**إن رَدَّه**) أي إن رَدَّ حامِلُ الكِتابِ الكِتابَ (**للمَوت**) أي لأَجل مَوتِ الْمَكتوبِ إليه، وكذا إن رَدَّ حامِلُ الطَّعامِ الطَّعامَ لأَجل موتِ الْمَحمولِ إليه؛ لأنه نَقَض تَسليمَ الْمَعقودِ عليه بالرَّدّ، فصار كأنه لم يَنقُله[2]، فلا يَستحِقُّ الأجرَ.

---

(١) في (ز) و(ح): فمات.

(٢) في (ج) و(د): كأنه لم يفعل.

وقال زفرُ: له الأجرُ في الطَّعام[1]؛ لأن الأجرَ يُقابِلُ الطَّعامَ[2]، وقد وفَّى بالْمَشروط، بخِلاف نقلِ الكِتابِ؛ لأن الأجرَ فيه لا يُقابِلُ الحَمْلَ؛ لأنه لا مُؤنةَ له.

وقال محمدٌ: له الأجرُ للذَّهاب في نقلِ الكِتابِ؛ لأنه أوفى بعضَ الْمَعقودِ عليه، وهو قطعُ الْمَسافةِ دون حَملِ الكِتابِ؛ لخِفَّة مُؤنتِه.

ولهما: أن الْمَعقودَ عليه نقلُ الكِتابِ؛ لأنه هو الْمَقصودُ أو وَسيلةٌ إليه، وهو العِلمُ بما في الكِتاب، لكن الحُكمُ مُتعلِّقٌ به، وقد نَقَضه، فسَقَط الأجرُ، كما في الطَّعام.

ولو وَجَده غائِبًا فهو كما لو وَجَده مَيِّتًا؛ لتَعذُّر الوُصولِ إليه، ولو تَرَك الكِتابَ هناك ليُوصَلَ إليه أو إلى ورَثَته: فله الأجرُ في الذَّهاب بالاتفاق، واللهُ أعلمُ بالصَّواب.

---

(1) في (ب) و(هـ): من الطعام.
(2) في (هـ): يقابل حمل الطعام.

﴿ باب ما يَجوزُ من الإجارة وما يَكونُ خِلافًا فيها ﴾

صحَّ إجارةُ الدُّورِ والحَوانيتِ بلا بَيان ما يُعمَلُ فيها، وله أن يَعمَلَ فيها كلَّ شيءٍ، ....

هذا (باب)

في بَيان أحكامِ (ما يَجوزُ من الإجارة وما يَكونُ خِلافًا فيها)

أي في الإجارة.

(صحَّ إجارةُ الدُّورِ والحَوانيتِ بلا بَيان ما يُعمَلُ فيها) أي في الدُّور والحَوانيتِ استِحسانًا؛ لأن العمَلَ الْمُتعارَفَ فيها السُّكنى، ولهذا تُسَمّى مَسكَنًا، فيَنصرِفُ إليها، والقِياسُ أن لا تَجوزَ؛ للجَهالة، كالأرض والثِّيابِ؛ فإنهما يَختلِفان باختِلاف العامِلِ والعمَلِ، فلا بُدَّ من البَيان.

(وله) أي للمُستأجِر (أن يَعمَلَ فيها) أي في الدُّور والحَوانِيتِ (كلَّ شيءٍ) يُريدُه؛ للإطلاق، وله أن يُسكِنَ غيرَه معه أو يَنفرِدَ؛ لأن كَثرةَ السُّكّانِ لا تَضُرُّ، وله أن يَضَعَ فيها ما بَدا له حتى الحَيَوانَ، ويَعمَلَ ما بَدا له من العَمَل، كالوُضوء، والاغتِسالِ، وغسلِ الثِّيابِ، وكسرِ الحَطَبِ.

وفي «النِّهاية»: لا تَدخُلُ الدَّوابُّ في عُرفنا؛ لأن الْمَنازِلَ ببُخارى تَضيقُ عن سُكنى النّاسِ، فكيف تَتَّسِعُ لإدخال الدَّوابِّ؟! وإنما هذا الجَوابُ بِناءً على عُرفهم في الكُوفة، وفي «شَرح الكافي» للإسبِيجابيِّ:

إلا أنه لا يَسكُنُ حَدّادًا، أو قَصّارًا، أو طَحّانًا.

ولو استأجَرها للسُّكنى كُلَّ شَهرٍ بكذا: فله أن يَربِطَ فيها دابّتَه وبَعيرَه وشاتَه، ويُسكِنَها مَن أحَبَّ من الناس، وهذا إذا كان فيها مَوضِعٌ مُعَدٌّ لذلك.

(إلا أنه لا يَسكُنُ) حالَ كونِه (حَدّادًا أو قَصّارًا أو طَحّانًا) لأن هذه الأشياءَ تُوهِنُ البِناءَ، والمُرادُ رَحى الثَّورِ أو الماءِ لا رَحى اليدِ؛ فإنه لا يُمنَعُ من النَّصب فيه، ولو انهَدَم البِناءُ بهذه الأشياءِ وَجَب عليه الضَّمانُ؛ لأنه مُتَعدٍّ فيها، ولا أجرَ عليه؛ لأن الضَّمانَ والأجرَ لا يَجتمِعان، وإن لم يَنهدِم وَجَب عليه الأجرُ استِحسانًا، والقِياسُ أن لا يَجِبَ[1].

ولو اختَلَفا في اشتِراط ذلك[2]: كان القولُ للمُؤجِّر؛ لأنه لو أنكَر الإجارةَ كان القولُ له، فكذا إذا أنكَر نَوعًا من الانتِفاع، ولو أقاما البَيِّنَةَ كانَت بَيِّنةُ المُستأجِرِ أولى؛ لأنها تُثبِتُ الزِّيادةَ.

---

(١) لأن هذا العمل غيرُ داخل تحت العقد، والحال فيه قبل العقد وبعده سواءٌ.
وجه الاستحسان: أن المعقود عليه هو السكنى، وفي الحدادة وأخواتها السكنى وزيادةٌ، فيكون مستوفيًا للمعقود عليه، فيجب عليه الأجر بشرط السلامة، وهو نظير ما لو استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيمَ، فحمل عليها أحد عشر، وسلمت الدابة، فإنه يجب عليه الأجر، كذا هذا. «التبيين» ٥/ ١١٣.

(٢) أي فقال المستأجر: استأجرتُها للحدادة، والآجِرُ يقول: للسكنى دون الحدادة. شلبي ٥/ ١١٤.

والأراضِي للزِّراعة، إن بيَّن ما يَزرَعُ فيها، أو قال: على أن يَزرَعَ فيها ما شاء.

(و) صحَّ إجارةُ (**الأراضِي للزِّراعة إن بيَّن**) الْمُستأجِرُ (**ما يَزرَعُ فيها**) لجَرَيان العادةِ باستِئجارها للزِّراعة من غَير نَكيرٍ، فانعَقَد الإجماعُ عليها، غيرَ أنّ ما يُزرَعُ فيها مُتفاوِتٌ، فلا بُدَّ من بَيانه (**أو قال: على أن يَزرَعَ**[1] **فيها ما شاء**) كي لا يُفضِيَ إلى الْمُنازَعة..

ولو لم يُبيِّن ما يَزرَعُ فيها، أو لم يَقُل: على أن أَزرَعها ما أشاءُ[2]: فَسَدت الإجارةُ؛ للجَهالة، ولو زَرَعها بعد ذلك[3] لا تَعودُ صَحيحةً في القِياس، كما إذا اشتَرى بخَمرٍ أو خِنزيرٍ، وفي الاستِحسانِ: يَجِبُ الْمُسَمّى، ويَنقلِبُ العَقدُ صَحيحًا[4]، وللمُستأجِر الشِّربُ والطَّريقُ، بخِلاف البَيعِ.

---

(١) في (ج): تزرع.
(٢) في (ج): على أن يزرعها ما شاء.
(٣) يعني نوعًا من الأنواع، ومضت المدة، ففي القياس: يجب أجر المثل؛ لأنه استوفى أجر المثل بحكم عقد فاسد، فلا ينقلب إلى الجواز. اهـ كاكي. شلبي ٥/ ١١٤.
(٤) أي لأن المعقود عليه صار معلومًا بالاستعمال؛ لما أن الإجارة تنعقد ساعةً فساعةً على حسب حدوث المنفعة، والفساد كان لأجل الجهالة، فإذا ارتفعت كان الارتفاع في هذه الحالة كالارتفاع وقت العقد، فيعود جائزًا، وكذا لو استأجر ثوبًا للبس ولم يعين اللابس: لا يجوز؛ لتفاوت الناس في اللبس، فإن عَيَّن اللابس بعد ذلك: يجوز استحسانًا لما ذكرنا، كذا في «الذخيرة» و«جامع» قاضي خان. اهـ كاكي. شلبي ٥/ ١١٤.

وللبِناء والغَرْسِ، فإن مَضَت الْمُدّةُ: قَلَعهما، وسَلَّمها فارِغةً، إلا أن يَغرَمَ له الْمُؤجِرُ قِيمتَه مَقلُوعًا، ....

(و) صحَّ إجارةُ الأرضِ (**للبِناء والغَرْسِ**) أي غَرْسِ الأشجارِ؛ لأنها مَنفَعةٌ مَعلومةٌ، فتَجوزُ (**فإن مَضَت الْمُدّةُ**) أي مُدّةُ الإجارةِ (**قَلَعهما**) أي قَلَع البِناءَ والغَرْسَ (**وسَلَّمها**) أي وسَلَّم الْمُستأجِرُ الأرضَ إلى الْمُؤْجِر حالَ كَونِها (**فارِغةً**) لأنه ليس لهما نِهايةٌ مَعلومةٌ حتى يُترَكا إليها، وفي تَركهما على الدَّوام ضَرَرٌ لصاحِب الأرضِ، سواءٌ كان بأجرٍ أو بغَيره..

بخِلاف الزَّرعِ؛ حيث يُترَكُ إلى أن يُستحصَدَ بأجر الْمِثلِ؛ لأن له نِهايةً مَعلومةً، بخِلاف ما إذا غَصَب أرضًا وزَرَعها؛ حيث يُؤمَرُ بالقَلع وإن كان له نِهايةٌ؛ لأن ابتِداءَ فِعلِه وَقَع ظُلمًا، والظُّلمُ يَجِبُ إعدامُه لا تَقريرُه..

(**إلا أن يَغرَمَ له**) أي للمُستأجِر (**الْمُؤجِرُ**) وهو صاحِبُ الأرضِ (**قِيمتَه**) أي قِيمةَ كُلِّ واحِدٍ من البِناء والغَرْسِ حالَ كونِه (**مَقلُوعًا**) لأنه يَستحِقُّ القَلعَ، فتُقوَّمُ الأرضُ بدون البِناءِ والغَرْسِ، وتُقوَّمُ وفيها بِناءٌ وغَرْسٌ لصاحِب الأرضِ أن يَقلَعَه، فيَضمَنُ فضْلَ ما بينَهما.

هذا إذا كانَت الأرضُ تَنقُصُ بالقَلع[1]، وإن كانَت الأرضُ لا تَنقُصُ،

---

(١) لأن الواجب دفعُ الضرر عنهما، فإذا كانت أرضه تنقُصُ بالقلع تضرر به، فكان له دفع هذا الضرر بدفع القيمة إلى المستأجر، وينفرد به؛ لأن المستأجر لا يتضرر بذلك؛ إذ الكلام في مستحَقِّ القلع، والقيمة تقوم مَقامه. «التبيين» ٥/ ١١٥.

ويَتملَّكَه، أو يَرضى بتَركه، فيَكونَ البِناءُ والشَّجَرُ لهذا، والأرضُ لهذا.

والرَّطْبةُ كالشَّجَر.

والزَّرعُ يُترَكُ بأَجر الْمِثلِ إلى أن يُدرِكَ.

وأرادَ أن يَضمَنَ له قِيمتَه ويَكونَ له البِناءُ: فليس له ذلك إلا برِضا صاحِبِه[1].

(ويَتملَّكَه) أي ويَتملَّكُ صاحِبُ الأرضِ كُلَّ واحِدٍ من البِناء والغَرْسِ بعد دفعِ القِيمةِ.

(أو يَرضى) صاحِبُ الأرضِ (بتَركه) أي بتَرك كُلٍّ واحِدٍ من البِناء والغَرْسِ (فيَكونَ البِناءُ والشَّجَرُ[2] لهذا) أي للمُستأجِر (والأرضُ لهذا) أي للمُؤجِر الذي هو صاحِبُ الأرضِ؛ لأن الحقَّ له، فإذا رَضِي باستِمراره على ما كان بأجرٍ أو بغَير أجرٍ: كان له ذلك.

(والرَّطْبةُ) وهي البِرْسيمُ (كالشَّجَر) لأنه لا نِهايةَ لها، كالشَّجَر، فيُعمَلُ فيها ما يُعمَلُ في الشَّجَر.

(والزَّرعُ يُترَكُ) في الأرض الْمُستأجَرةِ (بأَجر الْمِثلِ إلى أن يُدرِكَ) إذا انقَضَت مُدّةُ الإجارةِ قبلَ إدراكِه؛ لأن له نِهايةً مَعلومةً؛ لما ذَكَرنا.

---

(١) لاستوائهما في ثبوت الملك وعدم ترجح أحدهما على الآخر، فلا بد من اتفاقهما في الترك، بخلاف القلع، حيث ينفرد به أحدهما في هذه الحالة دون الآخر، على ما بيّنّا في العارية. «التبيين» ٥/ ١١٥.

(٢) في (أ): البناء والغرس.

والدّابّةِ للرُّكوب والحَمْلِ، والثَّوبِ للُّبس، فإن أَطلَق: أَركَب وأَلبَس مَن شاء، ....

(والدّابّةِ) بالجرِّ، عطفٌ على قَوله: الدُّورِ والحَوانيتِ، أي صحَّ أيضًا إجارةُ الدّابّةِ (للرُّكوب والحَمْلِ، و) صحَّ أيضًا إجارةُ (الثَّوبِ للُّبس) لجَرَيان العادةِ بذلك (فإن أَطلَق) الْمُؤجِرُ للمُستأجِر الرُّكوبَ أو اللُّبسَ، بمَعنى أن يَقولَ: على أن يُركِبَها مَن شاء، أو يُلبِسَ الثَّوبَ مَن شاء (أَركَب) الْمُستأجِرُ الدّابّةَ مَن شاء (وأَلبَس) الثَّوبَ (مَن شاء) لأنه يَختلِفُ باختِلاف الرّاكبِ واللّابِسِ، فلا يَجوزُ إلا بالتَّعيين، أو بأن يَشترِطَ أن يَفعَلَ ما شاء[1].

---

(١) اعلم أولًا أنه إذا استأجر دابةً للركوب ولم يُسَمِّ من يركَبُها: لا تصح الإجارة، وكذا إذا استأجر ثوبًا للُّبس ولم يبين من يلبَسُه، وكذا إذا استأجر قِدرًا للطبخ ولم يسم ما يطبخ فيها، وكذا إذا استأجر أرضًا للزراعة ولم يسم ما يزرع فيها، وقد روينا ذلك عن «شرح الطحاوي» عند قوله: ويجوز استئجار الأرض للزراعة، فبعد ذلك إن قال قائل: كيف قال القدوري هنا: فإن أطلق الركوب جاز له أن يُركِبَ مَن شاء؟ قلت: المراد من الإطلاق التعميم في الإجارة، بدون التقييد بركوب شخص، بأن قال آجرتُكَها على أن تُركِبَ مَن شئتَ، ولهذا قال في «شرح الأقطع»: وهذا الذي ذكره إنما يريد به إذا وقع العقد على أن يركب من شاء، وذلك لأنه إذا أطلق الركوب فعقد الإجارة فاسد؛ لأن الركوب يختلف اختلافًا كثيرًا، فصار الركوبان من شخصين كالجنسين، فيكون المعقود عليه مجهولًا، فلا يصح العقد، فإن قال: تُركِبُ من شئت: صح العقد وإن لم يسم شخصًا بعينه؛ لأنا إنما منعْنا من صحته لَمّا لَحِق المالكَ الضررُ الذي يحصل في بعض الركوب، فإذا رضي به: صار المعقود عليه معلومًا، فجاز، كما في الأرض إذا قال: على أن يزرع فيها ما شاء، ثم إذا =

وإن قَيَّد براكِبٍ ولابِسٍ، فخالَف: ضَمِن.

ومِثلُه ما يَختلِفُ بالْمُستعمِل، وفيما لا يَختلِفُ به: بَطَل تَقييدُه، كما لو شَرَط سُكنى واحِدٍ: له أن يُسكِنَ غيرَه.

وفي «الخُلاصة»: ولو لم يُبيِّن، ولم يَقُل: أن يَفعَلَ فيها ما شاء: فَسَدت الإجارةُ؛ للجَهالة، فلو أركَب، أو رَكِب بنَفسه، أو لَبِس الثَّوبَ، أو ألبَس: وَجَب عليه الْمُسمّى استِحسانًا، وفي القِياس عليه أجرُ الْمِثلِ.

(**وإن قَيَّد**) الْمُؤجِرُ (**براكِبٍ**) مُعيَّنٍ (**ولابِسٍ**) مُعيَّنٍ (**فخالَف: ضَمِن**) لأن التَّقييدَ مُفيدٌ، فإذا خالَف صار مُتَعدِّيًا، فيَضمَنُ.

(**ومِثلُه**) أي مِثلُ الحُكمِ الْمَذكورِ -وهو الضَّمانُ- الحُكمُ في كلِّ (**ما يَختلِفُ بالْمُستعمِل**) بكَسر الميمِ الثّانِيةِ، أي باختِلاف الْمُستعمِلِ إذا كان مُقيَّدًا وخالَف؛ لِما ذَكَرنا.

(**وفيما**) أي وفي الذي (**لا يَختلِفُ به**) أي بالْمُستعمِل (**بَطَل تَقييدُه**) أي تَقييدُ الْمُؤجِرِ بشَخصٍ مُعيَّنٍ (**كما لو شَرَط**) الْمُؤجِرُ (**سُكنى واحِدٍ**) بعَينه في إجارة الدُّورِ (**له**) أي للمُستأجِر (**أن يُسكِنَ غيرَه**) أي غيرَ الواحِدِ الذي شَرَط الْمُؤجِرُ سُكناه؛ لأن التَّقييدَ لا يُفيدُ؛ لعَدَم التَّفاوُتِ في السُّكنى.

= فسدت الإجارة في إطلاق الركوب واستعملها قبل الفسخ: يتعين أول الراكب، وكذا في الثوب ونحوه. اهـ إتقاني. شلبي ٥/ ١١٥.

وإن سَمّى نَوعًا وقَدْرًا، ككُرِّ بُرٍّ: له حَمْلُ مِثلِه وأخَفُّ، لا أضَرُّ كالْمِلح.

وما يَضُرُّ بالبِناء، كالحِدادةِ والقِصارةِ ونَحوِهما: فهو خارِجٌ بدَلالة العادةِ.

والفُسطاطُ كالدّار عند محمدٍ، وعند أبي يوسف: هو كاللُّبس[1]؛ لاختِلاف النّاسِ في ضَرْبه، ونصبِ أوتادِه، واختِيارِ مَكانِه.

(**وإن سَمّى**) الْمُستأجِرُ (**نَوعًا وقَدْرًا، ككُرِّ بُرٍّ**) يَحمِلُه على الدّابّة التي استأجَرها (**له**) أي للمُستأجِر (**حَمْلُ مِثلِه و**) ما هو (**أخَفُّ**) منه في الضَّرَر، كالشَّعير والسِّمسِمِ (**لا**) أي ليس له أن يَحمِلَ عليها ما هو (**أضَرُّ**) منه (**كالْمِلح**) لأنه إذا رَضِي بشيءٍ يَكونُ راضِيًا بكُلِّ ما هو مِثلُه أو دونه دَلالةً، دون ما هو أضَرُّ منه[2].

والقِياسُ أن يَضمَنَ بالحَمْل عليها خِلافَ الجِنسِ كيفما كان؛ للمُخالَفة، وجهُ الاستِحسانِ: أن التَّقييدَ إنما يُعتبَرُ إذا كان مُفيدًا، ولا فائِدةَ هنا.

ولو حَمَل عليها مِثل وزنِ البُرِّ حَديدًا، أو مِلحًا، أو آجُرًّا: يَضمَنُ؛ لأنه يَجتمِعُ في مَكانٍ واحِدٍ من ظَهرها، فيَضُرُّها أكثرَ، وكذا إذا حَمَل عليها مِثلَ

---

(١) فلو استأجر فُسطاطًا ودَفَعه إلى غيره إجارةً أو إعارةً، فنصبه وسكن فيه، فهلك: ضمنه عنده. شلبي ٥/ ١١٦.

(٢) حاصله: أن الشيئين متى كان في كل واحد منهما ضررٌ فوق ضرر الآخر من وجه: لا يستفاد من الإذن في أحدهما الإذنُ في الآخر، وإن كان هو أخفَّ ضررًا من وجه آخر. «التبيين» ٥/ ١١٦.

وإن عَطِبت بالإرداف: ضَمِن النِّصفَ، ....

وزنِ البُرِّ قُطنًا؛ لأنه يَأخُذُ من ظَهر الدَّابةِ أكثرَ من البُرّ، وفيه حَرارةٌ أيضًا، فكانَ أضرَّ عليها من البُرّ، فصار كما إذا حَمَل عليها تِبنًا أو حَطَبًا[1].

(وإن عَطِبت) أي وإن هَلَكت الدَّابةُ (بالإرداف[2] ضَمِن) المُستأجِرُ (النِّصفَ) أي نِصفَ قِيمةِ الدَّابةِ؛ لأنها قد يَعقِرُها الرَّاكِبُ الخَفيفُ، ويَخِفُّ عليها الرَّاكِبُ الثَّقيلُ؛ لعِلمه بالرُّكوب.

هذا إذا كانَت الدَّابةُ بحيث تُطيقُ حَمْلَ الاثنَين، وإن كانَت لا تُطيقُ ضَمِن جَميعَ قِيمتِها، وقالُوا: هذا إذا كان الرَّديفُ يَستمسِكُ بنفسه، وإن كانَ صَغيرًا لا يَستمسِكُ: يَضمَنُ بقَدْر ثِقَلَه[3].

وقَيَّد بالإرداف: لأنه إذا حَمَله على عاتِقه فإنه يَضمَنُ جَميعَ القِيمةِ[4].

---

(١) ولو خالف في القدر، بأن قال: عشرة مخاتيم حنطة، فحمل خمسة عشر مختومًا، فهلك: يضمن ثلث قيمتها؛ لأنه في مقدار عشرة مخاتيم موافق؛ لأنه حمل بالإذن، وفيما زاد بغير الإذن، فيعتبر الجزء بالكل، ويتوزع الضمان على ذلك. اهـ «دراية». شلبي ٥/١١٦.

(٢) المرتدف: الرديف الذي تحمله خلفك على ظهر الدابة، تقول: أردفته إردافًا وارتدفته. «المصباح» ١/٢٢٤.

(٣) في (أ) و(ج): نقله.

(٤) لأن ثقل الراكب مع الذي حَمَله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد، فيكون أشقَّ على الدابة، ذكره في «النهاية»، وقال: يضمن جميع القيمة، وإن كانت الدابة تطيق حملهما، ثم ذكر في «المختصر» أنه يضمن نصف القيمة، ولم يذكر كم يجب عليه من الأجر... «التبيين» ٥/١١٧.

وبالزِّيادة على الحَمْل الْمُسَمَّى: ما زاد.

وبالضَّرب، والكَبح، ....

ولم يَذكُر الشَّيخُ رَحِمَهُ اللَّهُ كم يَجِبُ عليه من الأجرة، وفي «الْمُحيط»: يَجِبُ عليه جَميعُ الأُجرةِ إذا هَلَكت بعدما بَلَغت مَقصِدَه، ونِصفُها إذا كان قبلَه، ثم للمالِك الخِيارُ، إن شاء ضَمَّن الرَّديفَ، وإن شاء ضَمَّن الرّاكِبَ، فالرّاكِبُ لا يَرجِعُ بما ضَمِن، والرَّديفُ يَرجِعُ إن كان مُستأجِرًا، وإلا[1] فلا.

(و) إن عَطِبت (بالزِّيادة على الحَمْل الْمُسَمّى) بأن سَمّى قِنطارًا[2] مَثَلًا، فحَمَل عليها أكثرَ منه، فعَطِبت: يَضمَنُ (ما زاد) الثِّقَلُ؛ لأنها هَلَكت بما هو مَأذونٌ فيه وغيرُ مَأذونٍ، والسَّبَبُ الثِّقَلُ، فانقَسَم عليهما، إلا إذا كانَت الدّابّةُ لا تُطيقُ مِثلَه، فيَجِبُ عليه جَميعُ قِيمتِها؛ لعَدَم الإذنِ فيه.

(و) يَضمَنُ (بالضَّرب) أي بضَرب الدّابّةِ (والكَبحِ) أي بكَبحِها، مِن كَبحتَ الدّابّةَ بلِجامِها: إذا رَدَدتَها وجَذَبتَها إلى نَفسك لتَقِفَ ولا تَجريَ، هذا عند أبي حنيفةَ؛ لأنه فِعلٌ غيرُ مَأذونٍ فيه[3]، وقالا: إذا كان خارِجًا

---

(١) بأن كان مستعيرًا. (٢) القنطار: (٦٤٠.٣٥) كغ.

(٣) لأن الإذن مقيد بشرط السلامة؛ إذ السَّوق يتحقق بدونه، وإنما يَضرِب للمبالغة، فصار كضرب الزوجة، والمرور على الطريق، بخلاف ضرب القاضي الحد أو التعزير أو فَصْدِ الفصاد، حيث لا يضمن إذا هلك به؛ لأن الحد والتعزير واجب عليه. «التبيين» ٥/ ١١٨.

ونزعِ السَّرْجِ والإكافِ، أو الإسراجِ بما لا تُسرَجُ بمِثله، ....

عن الْمُعتاد يَضمَنُ، وإلا لا؛ لأن الضَّربَ في السَّير مُعتادٌ، فكان مَأذونًا فيه، بخِلاف غيرِ الْمُعتادِ، وبه قالَت الثَّلاثةُ.

(ونزعِ السَّرْجِ) بالجرّ، أي ويَضمَنُ أيضًا بنَزع سَرْجِ الدّابّةِ التي اكتَراها بسَرْجٍ، فهَلَكت (والإكافِ) أي وبالإكاف أيضًا، بأن نَزَع سَرْجَها، فأوكَفها بإكافٍ -وهي البَرْدَعةُ- فهَلَكت (أو الإسراجِ) بأن نَزَع سَرْجَها، فأسرَجها (بما لا تُسرَجُ) هذه الدّابّةُ (بمِثله) أي بمِثلِ ذلك السَّرْجِ، فهَلَكت.. فإنه يَضمَنُ جَميعَ قِيمتِها في هذه الصُّوَرِ؛ للتَّعدِّي.

وإن أسرَجها بسَرْجٍ تُسرَجُ بمِثله: لا يَضمَنُ؛ لتَناوُل الإذنِ إيّاه، إلا إذا كان زائِدًا في الوَزن، فحينَئذٍ يَضمَنُ الزِّيادةَ بحِسابه، وعندهما: الإكافُ كالسَّرْج، حتى لا يَضمَنُ إذا كان بمِثله يُوكَفُ، إلا إذا كان زائِدًا على السَّرْج الذي كان عليها، فيَضمَنُ الزِّيادةَ بحِسابها، كما في السَّرْج.

وقِيل: عن أبي حنيفةَ رِوايتان، في رِواية الإجاراتِ: يَضمَنُ بقَدْر ما زاد، وفي رِواية هذا الكِتابِ: يضمنُ جَميعَ القِيمةِ، قال شَيخُ الإسلامِ: وهو الأصحُّ.

وتكلَّموا على مَعنى قولِهما: إنه يَضمَنُ بحِسابه، فمنهم مَن قال: إنه يُقدَّرُ بالْمِساحة، حتى إذا كان السَّرْجُ يَأخُذُ من ظَهر الدّابّةِ قَدْرَ شِبرَين، والإكافُ قَدْرَ أربَعةِ أشبارٍ: فيضَمَنُ بحِسابه، وقِيل: يُعتبَرُ بالوَزن..

وسُلوكِ طَريقٍ غيرِ ما عَيَّنه وتَفاوَتا، وحَمْلِه في البَحر: الكُلَّ.
وإن بَلَغ: فله الأجرُ.

(**وسُلوكِ طَريقٍ**) بالجرِّ عَطفًا على قَوله: وبالضَّرب، أي يَضمَنُ جَميعَ القِيمةِ أيضًا، بسُلوك الْمُكارِي[1] في طَريقٍ (**غيرِ ما عَيَّنه**) مالِكُ الْمَتاعِ (**و**) الحالُ أن الطَّريقَين قد (**تَفاوَتا**) بأن كان الْمَسلوكُ أوعَرَ، أو أبعَدَ، أو أخوَفَ، بحيث لا يُسلَكُ؛ لصِحّة التَّقييدِ، فإذا خالَف فقد تَعدّى، فيَضمَنُ قِيمتَه إن هَلَك، وإن لم يَهلِك وبَلَغ: فله الأجرُ استِحسانًا، ولا يَلزَمُ اجتِماعُ الأُجرةِ والضَّمانِ؛ لأنهما في حالتَين.

(**وحَمْلِه**) بالجرِّ عَطفًا على قَوله: وسُلوكِ، أي ويَضمَنُ أيضًا بحَمْله، أي بحَمْل الْمُكارِي الْمَتاعَ (**في البَحر**) لفُحش التَّفاوُتِ بين البَرِّ والبَحرِ، ولو سَلِم يَجِبُ الْمُسمّى استِحسانًا.

وقولُه: (**الكُلَّ**) بالنَّصب، عائِدٌ إلى الْمَسائِل الْمُتَقدِّمةِ، من قَوله: (وبالضَّرب) إلى هنا، والتَّقديرُ: ويَضمَنُ الكُلَّ، أي جَميعَ القِيمةِ؛ لأن الواجِبَ في جَميعها جَميعُ القِيمةِ.

(**وإن بَلَغ**) الْمُكارِي بالْمَتاع إلى الْمَقصِد في الْمَسألتَين الْمَذكورتَين (**فله الأجرُ**) لحُصول الْمَقصودِ، وقد ذَكَرناه.

---

(١) الكراء بالمد: الأجرة، وهو مصدر في الأصل، من كاريته، من باب قاتل، والفاعل مكارٍ، على النقص، والجمع مُكَارون ومُكارِين، مثل قاضون وقاضين، ومُكارِيُّون بالتشديد: خطأ. «المصباح» ٢/ ٥٣٢.

وبزَرع رَطْبةٍ وأُذِن بالبُرِّ: ما نَقَص، ولا أجرَ.
وبخِياطة قَباءٍ وأُمِر بقَميصٍ: قِيمةَ ثَوبِه، وله أخذُ القَباءِ ودفعُ أجرِ مِثلِه.

(و) يَضمَنُ (بزَرع رَطْبةٍ و) الحالُ أن مالِكَ الأرضِ قد (أُذِن) له (بالبُرِّ) أي بزَرع البُرِّ (ما نَقَص) الأرضَ، وهو في محَلِّ نَصبٍ على أنه مَفعولُ (يَضمَنُ) الْمُقدَّرِ؛ وذلك لأن الرِّطابَ أكثرُ ضَرَرًا بالأرض من البُرِّ؛ لانتِشار عُروقِها فيها، وكَثرةِ الحاجةِ إلى سَقْيِها، فكان خِلافًا إلى شَرٍّ مع اختِلافِ الجِنسِ، فيَجِبُ عليه جَميعُ النُّقصانِ.

(ولا أجرَ) له عليه؛ لأنه لما خالَف صار غاصِبًا، واستَوفى الْمَنفَعةَ بالغَصب، فلا يَجِبُ الأجرُ به، وإن زَرَع فيها ما هو أقلُّ ضَرَرًا من البُرِّ: لا يَجِبُ عليه الضَّمانُ، ويَجِبُ عليه الأجرُ؛ لأنه خِلافٌ إلى خَيرٍ، فلا يَصيرُ به غاصِبًا.

(و) يَضمَنُ (بخِياطة قَباءٍ و) الحالُ أنه قد (أُمِر بقَميصٍ) أي بخِياطة قَميصٍ: (قِيمةَ ثَوبِه، وله) أي لصاحِب الثَّوبِ (أخذُ القَباءِ) إن شاء (ودفعُ أجرِ مِثلِه) ولا يُجاوِزُ به الْمُسمّى، قِيل: أرادَ بالقَباء القَرْطَقَ[1]، وهو الذي تَلبَسُه الأتراكُ مَكانَ القَميصِ، وهو ذُو طاقٍ واحِدٍ.

وقال ظَهيرُ الدِّينِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: القَميصُ إذا قُدَّ من قُبُلٍ كان قَباءَ طاق، وقباء طاق: وقَباءُ طاقٍ إذا خِيطَ جانِباهُ كان قَميصًا[2]، وهو الْمُرادُ بالقُرْطَقِ؛

---

(١) القرطق مثال جعفر: ملبوس يشبه القباء، وهو من ملابس العجم. «المصباح» ٢/ ٤٩٨.

(٢) في النسخ عند هذه الجملة اضطراب، والعبارة موافقة لبعض النسخ ولـ «التبيين» =

لأنه يُستعمَلُ استِعمالَ القَميصِ والقَباءِ، فيَثبُتُ له الخِيارُ، وفي غَيره لا يَثبُتُ له الخِيارُ، بل يُضمِّنُه القِيمةَ[1].

وقِيل: الجَوابُ يَجري على إطلاقه في الكُلّ، وعن أبي حنيفةَ: أنه لا خِيارَ لرَبِّ الثَّوبِ في الكُلِّ، بل يُضَمِّنُه قِيمةَ الثَّوب، رَواه الحسَنُ عنه.

ولو خاطَه سَراوِيلَ وقد أمَرَه بالقَباء: ضَمِن من غَير خِيارٍ، وقِيل: يُخَيَّرُ، وهو الأصحُّ.

= ٥/ ١٢٠.

(١) وقيل: الجواب مُجرًى على إطلاقه في الكل، وإطلاقه يدل على ذلك، وجهه: أن القَباء والقميص متقاربان في المنفعة، وأجزاؤهما واحد، وهي الكم والذيل والدخريص. «التبيين» ٥/ ١٢٠.

باب الإجارةِ الفاسِدةِ

تُفسِدُ الإجارةَ الشُّروطُ، وله أجرُ مِثلِه، لا يُجاوَزُ به الْمُسمّى.

هذا (باب) في بَيانِ أحكامِ (الإجارةِ الفاسِدةِ)

(تُفسِدُ الإجارةَ الشُّروطُ) لأنها كالبَيع؛ ألا تَرى أنها تُقالُ وتُفسَخُ، فتُفسِدُها الشُّروطُ التي لا يَقتَضيها العَقدُ (وله) أي للمُؤجِر (أجرُ مِثلِه، لا يُجاوَزُ به الْمُسمّى) وعند زفرَ والثّلاثةِ: يَجِبُ أجرُ الْمِثلِ بالِغًا ما بَلَغ؛ اعتِبارًا ببَيع الأعيانِ.

ولنا: أن الْمَنافِعَ لا قِيمةَ لها، إلا أنها قُوِّمت بالعَقد ضَرورةً، والزّائِدُ عليها قِيمةٌ غيرُ مَقصودةٍ، فيَسقُطُ، بخِلافِ البَيع؛ لأنَّ تَقوُّمَ الأعيانِ ليس بضَروريٍّ.

هذا إذا لم يكن الفَسادُ لجَهالة الْمُسمّى أو لعَدَم التَّسمِيةِ، فإن كان لجَهالة الْمُسمّى أو لعَدَم التَّسمِيةِ: يَجِبُ أجرُ الْمِثلِ بالِغًا ما بَلَغ، وكذا إذا كان بعضُه مَعلومًا وبعضُه غيرَ مَعلومٍ، مِثلُ أن يُسَمِّيَ دابّةً أو ثَوبًا، أو يَستأجِرَ الدّارَ أو الحَمّامَ على أُجرةٍ مَعلومةٍ بشَرط أن يَعمُرَها أو يُرَمِّمَها.

وقالُوا: إذا استَأجَر دارًا على أن لا يَسكُنَها الْمُستأجِرُ فَسدت الإجارةُ، ويَجِبُ عليه إن سَكَنها أجرُ[1] الْمِثلِ بالِغًا ما بَلَغ.

---

(١) في (هـ): ويجب عليه أن يسكنها بأجر.

فإن آجَرَ دارًا كُلَّ شَهرٍ بدِرهَمٍ: صحَّ في شهرٍ فقط، إلا أن يُسمِّيَ الكُلَّ، وكُلُّ شَهرٍ سَكَن أوَّلَه ساعةً: صحَّ فيه، ....

(**فإن آجَرَ دارًا كُلَّ شَهرٍ بدِرهَمٍ: صحَّ في شهرٍ**) واحِدٍ؛ لأن لَفظَةَ (كُلّ) للعُموم، وقد يَتعذَّرُ العمَلُ بها؛ لأن الشُّهورَ لا نِهايةَ لها، والواحِدُ مُعيَّنٌ، فيَصِحُّ فيه[1]، وفي قولٍ عن الشّافعيِّ: يَبطُلُ، وعند مالِكٍ: يَصِحُّ في الكُلّ، وبه قال أحمدُ في رِوايةٍ.

وأشار بقَوله: (**فقط**) إلى أنه لا يَصِحُّ أكثرَ من شهرٍ، ثم إذا تَمَّ الشَّهرُ كان لكُلٍّ منهما نقضُ الإجارةِ بشَرط أن يَكونَ الآخَرُ حاضِرًا، وإن كان غائِبًا لا يَجوزُ بالإجماع، وقِيل: لا يَجوزُ عندهما إلا بحَضرة الآخَرِ، وعند أبي يوسف: يَجوزُ..

(**إلا أن يُسمِّيَ الكُلَّ**) أي إلا أن يُعيِّنَ كُلَّ الأشهُرِ؛ لأنه حينَئذٍ تُعلَمُ المُدّةُ، فيَصِحُّ العَقدُ فيها بالإجماع.

(**وكُلُّ شَهرٍ سَكَن أوَّلَه**) أي أوَّلَ الشَّهرِ (**ساعةً: صحَّ فيه**) أي في ذلك الشَّهرِ الذي سَكَن فيه ساعةً؛ لحُصول رِضاهما بذلك، ولم يكن للمُؤجِر إخراجُه إلى أن يَنقضِيَ؛ لرِضاه بسُكناه، وعند الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَصِحُّ، وفي ظاهِر الرِّوايةِ: لكُلِّ واحِدٍ منهما الخِيارُ في اللَّيلة الأُولى من الشَّهر ويومِها، وبه يُفتى.

---

(١) عبارة «التبيين» ٥/ ١٢٢: لأن كلمة (كل) إذا دخلت على مجهول وأفراده معلومة انصرف إلى الواحد؛ لكونه معلومًا، وفسد الباقي للجهالة، كما إذا باع صُبرةً من طعام كلَّ قفيزٍ بدرهم، فإنه يجوز في قفيز واحد فكذا هذا.

وإن استَأجَرها سَنةً: صحَّ، وإن لم يُسَمِّ أجرةَ كُلِّ شَهرٍ.

وابتِداءُ الْمُدّةِ: وَقتُ العَقدِ، فإن كان حين يُهِلُّ: يُعتبَرُ الأهِلّةُ، وإلا: فالأيّامُ.

ولو فَسَخ في أثناء الشَّهرِ: لم يَنفسِخ، وقِيل: يَنفسِخُ إذا خَرَج الشَّهرُ، ولو قال في أثناء الشَّهرِ: فَسَختُ رأسَ الشَّهرِ: يَنفسِخُ إذا أَهَلَّ الشَّهرُ بلا شُبهةٍ، ولو قَدَّم أجرةَ شَهرَين أو ثَلاثةٍ، وقَبَض الأجرةَ: لا يَكونُ لواحِدٍ منهما الفَسخُ في قَدْر المعَجَّل[1] أجرتُه.

(وإن استَأجَرها) أي الدّارَ (سَنةً صحَّ) الإيجارُ (وإن لم يُسَمِّ أجرةَ كُلِّ شَهرٍ) يَعني: بعدما سَمّى الأجرةَ جُملةً؛ لأن الْمَنفَعةَ صارَت مَعلومةً ببَيان الْمُدّةِ، والأُجرةُ مَعلومةٌ، فتَصِحُّ، وتُقسَمُ الأجرةُ على الأشهُر على السَّواء، ولا يُعتبَرُ تَفاوُتُ الأسعارِ باختِلاف الزَّمانِ.

(وابتِداءُ الْمُدّةِ) أي مُدّةِ الإجارةِ من (وَقت العَقدِ) كالأجَل، واليَمينِ أن لا يُكلِّمَ فُلانًا شَهرًا (فإن كان) عَقدُ[2] الإجارةِ (حين يُهِلُّ) الهِلالُ (يُعتبَرُ الأهِلّةُ) في شُهور الْمُدّةِ (وإلا) أي وإن لم يكن حين يُهِلُّ، بل كان بعدما مَضى شيءٌ من الشَّهر (فالأيّامُ[3]) أي فيُعتبَرُ الأيّامُ في الشُّهور بالعَدَد، وهو أن يُعتبَرَ كُلُّ شَهرٍ ثَلاثون يومًا، وهذا عند أبي حنيفةَ.

---

(١) في (أ): المؤجل. وانظر «التبيين» ٥/ ١٢٣.

(٢) في (ب): عند.

(٣) في (ب): بالأيام.

وصحَّ أخذُ أُجرةِ الحَمّامِ، ....

وعندهما: يُتِمُّ الشَّهرَ الأوَّلَ بالأيَام، والباقِي بالأهِلّة؛ لأن الأصلَ في الشُّهور اعتِبارُها بالأهِلّة عند الإمكانِ، وقد أمكَن ذلك في الشُّهور الْمتَخلِّلةِ، وتَعذَّر في الأوَّل، فيُكمِل بأيّام الشَّهرِ الآخَرِ.

وله: أَن الشَّهرَ يَتِمُّ بأيامه ويُكَمِّله من الشهر المتَّصِلِ به[1]، فيَبدأُ الشَّهرُ الثّاني بالأيّام ضَرورةً، وهكذا إلى آخِر الْمُدّةِ، كلُّ شَهرٍ ثَلاثونَ يومًا، والسَّنةُ ثَلاثُمائةٍ وسِتُّون يومًا.

(وصحَّ أخذُ أُجرةِ الحَمّامِ) لما رُوِي أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ دَخَل الحَمّامَ بالجُحْفة[2]، ولتَعارُف النّاسِ، ومنهم من كَرِه الحَمّامَ؛ لأنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ

---

(١) في سوى (أ): أن الشَّهرَ الأوَّلَ يَتِمُّ بأيّامٍ ويلَيلةٍ من الشَّهرِ الْمُتَّصِلِ به. وعبارة «الهداية» ١٠/ ٢٧٥ وهي أوضح: له: أنه متى تم الأول بالأيام ابتدأ الثاني بالأيام ضرورة، وهكذا إلى آخر السنة.

(٢) روى البيهقي (٩١٣٧) عن عكرمة: عن ابن عباس أنه دخل حمامًا وهو بالجحفة وهو محرم، وقال: ما يعبأ الله بأوساخنا شيئًا.
وروى أيضًا (٧٠٥) عن محمد بن زياد الألهاني قال: كان ثوبان جارًا لنا، وكان يدخل الحمام، فقلت له، فقال: كان النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يدخل الحَمّام ويتَنَوَّرُ.
وقال في «كشف الخفا» ١/ ٤١٥: (دخوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حمام الجحفة): لا يصح، فقد قال ابن حجر في «شرح الشمائل»: موضوع باتفاق الحفاظ، لكن قال القاري: ذكره الدميري في «شرح المنهاج» في الكلام على الماء المسخن، وذكر النووي في «شرح المهذب» أنه ضعيف جدًا، فقول شيخنا ابن حجر المكي في «شرح الشمائل» من أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دخل حمام الجحفة.. موضوع باتفاق الحفاظ، وإن وقع في كلام الدميري وغيره، ولم يُعرف الحمام في بلادهم إلا بعد موته =

والحَجّامِ، ....

سَمّاه شَرَّ بَيتٍ[1]؛ فإنه تُكشَفُ فيه العَوْراتُ، ومنهم من كَرِهه للنِّساء؛ لأنهن مَمنوعاتٌ عن الخُروج، والصَّحيحُ أنه لا بأسَ بإتيان الحَمّاماتِ للرِّجال والنِّساءِ جَميعًا؛ للضَّرورة.

(و) كذا يَصِحُّ أُجرةُ (الحَجّامِ) لأنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ احتَجَم وأعطى أُجرتَه[2]، وقالَت الظّاهِريّةُ[3]: لا يَحِلُّ؛ لما رُوِي أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عن عَسْب التَّيسِ، وكَسبِ الحَجّامِ، وقَفِيزِ الطَّحّانِ[4]، وبه قال أحمدُ، قُلنا[5]: إنه مَنسُوخٌ[6].

= صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ليس في محله، وكيف يكون موضوعًا باتفاق الحفاظ مع إثبات الحافظ الدميري له، وتضعيف النووي، إذ لا يخفى التفاوت بين الضعيف والموضوع، مع أن الإثبات مقدم على النفي المصنوع. انتهى.

(١) روى أبو نعيم في «الطب النبوي» (١٩٤) والبيهقي في «الشعب» (٧٣٧٨) عن ابن عباس قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «بئس البيت الحمام». ورواه الإمام في «مسنده» (٧٤) عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا مرفوعًا. وكذلك الديلمي في «الفردوس» (٢١٤٩) و(٢١٥١) عن كليهما، ورواه ابن أبي شيبة (١١٦٦) موقوفًا على علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٢) رواه البخاري (٢٢٧٨)، ومسلم (١٢٠٢).

(٣) في (د): وقالت الثلاثة. وانظر «التبيين» ٥/ ١٢٤.

(٤) روى الإمام أحمد (٨٣٨٩) عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: نهى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن ثمن الكلب، وكسب الحجام، وكسب المومسة، وعن كسب عسب الفحل. وروى الدارقطني (٢٩٨٥) عن أبي سعيد الخدري قال: نَهَى عن عسيب الفحل. زاد عبيد الله: وعن قفيز الطحان.

(٥) في (أ) و(ج): ولنا.

(٦) وفي «البدائع» ٤/ ١٩٠: وتجوز الإجارة للحجامة وأخذ الأجرة عليها؛ لأن الحجامة =

لا أُجرةِ عَسْبِ التَّيسِ، والأذانِ، والحَجِّ، والإمامةِ، وتَعليمِ القُرآنِ، والفِقهِ، ....

(لا) يَصِحُّ أخذُ (أُجرةِ عَسْبِ التَّيسِ) لما رَوَينا، وهو أن يَستأجِرَ التَّيسَ لِيَنزُوَ على غَنَمه، وعن بَعض الشّافعيّةِ والحَنابِلةِ: صحَّ أخذُ أُجرةِ عَسْبِ التَّيسِ.

(و) كذا لا يَصِحُّ أخذُ أُجرةِ (الأذانِ، والحَجِّ، والإمامةِ، وتَعليمِ القُرآنِ، والفِقهِ) لأن القُربةَ تَقَعُ عن العامِلِ، ولقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «اقرَؤُوا القُرآنَ ولا تأكُلوا به»[1]، بخِلافِ بِناءِ الْمَساجِدِ، وأداءِ الزَّكاةِ، وكِتابةِ الْمُصحَفِ والفِقهِ، وتَعليمِ العُلومِ الأدبيّةِ[2].

وقال الشّافعيُّ: يَجوزُ في كُلِّ ما لا يَتَعيَّنُ على الأجيرِ، وعند مالِكٍ: يَجوزُ على الإمامة إذا جَمَعها مع الأذانِ.

= أمر مباح، وما ورد من النهي عن كسب الحجام في الحديث عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «من السحت عسب التيس وكسب الحجام»: فهو محمول على الكراهة؛ لدناءة الفعل، والدليل عليه ما روي: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما قال ذلك أتاه رجل من الأنصار فقال: إن لي حَجّامًا وناضحًا، فأعلف ناضحي من كسبه؟ قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «نعم». انتهى، والحديث في «المسند» (١٧٢٦٨).

(١) رواه الإمام أحمد (١٥٥٣٥)، وابن أبي شيبة (٧٧٤٢)، والبزار (١٠٤٤)، وأبو يعلى (١٥١٨)، والطبراني في «الأوسط» (٢٥٧٤)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ١٣٥.

(٢) في (هـ): بخلاف الأدبية.

وفي «تَتِمّة الفَتاوى»: الاستِئجارُ لتَعليم الفِقهِ لا يَجوزُ، كالاستِئجار لتَعليم القُرآنِ، وفي الاستِئجار لتَعليم الحِرَفِ رِوايَتان، في رِواية «الْمَبسوطِ»: يَجوزُ، وفي رِواية القُدُوريِّ: لا يَجوزُ، وذَكَر شمسُ الأئِمّةِ السَّرَخسيُّ أن مَشايِخَ بَلْخٍ اختارُوا قولَ أهلِ الْمَدينةِ في جَواز استِئجارِ الْمُعلِّمِ على تَعليم القُرآنِ، فنحن أيضًا نُفتي بالجَواز.

ثم قال فيها: استَأجَر إنسانًا ليُعلِّمَ غُلامَه أو ولَدَه شِعرًا، أو أدَبًا، أو حِرفةً مِثلَ الخِياطةِ ونحوِها، فالكُلُّ سَواءٌ إن بَيَّن الْمُدّةَ، بأن استَأجَره شَهرًا ليُعلِّمَه هذا العمَلَ: يَجوزُ، ويَصِحُّ، ويَنعقِدُ العَقدُ على الْمُدّة، حتى إنه يَستحِقُّ الأُجرةَ تَعلَّمَ أو لم يَتعلَّم إذا سَلَّم الأُستاذُ نَفسَه لذلك.

أما إذا لم يُبيِّن الْمُدّةَ: فيَنعقِدُ لكن فاسِدًا، حتى لو عَلَّم استَحقَّ أجرَ الْمِثلِ، وإلا فلا، وكذا تَعليمُ سائِرِ الأعمالِ، كالخَطِّ والهِجاءِ، والحِسابُ على هذا.

ولو شَرَط عليه أن يُحَذِّقَه في ذلك العمَلِ فهو غيرُ جائِزٍ[1]؛ لأن التَّحذيقَ ليس في وُسعه[2].

---

(١) في سوى (ز) و(ح): فهو جائز. وهو خطأ، وانظر «البناية» ١٠/ ٢٨٢.

(٢) أي وُسْع المعلم، وقال في «المبسوط» ١٦/ ٤١: وإن سَلَّم غلامًا إلى معلم ليعلمه عملًا وشرط عليه أن يحَذِّقه فهذا فاسد؛ لأن التحذيق مجهول؛ إذ ليس لذلك غاية معلومة، وهذه جهالة تفضي إلى المنازعة بينهما، وكذلك لو شرط في ذلك أشهرًا مسماة؛ لأنه =

والفَتوى اليومَ على جَواز الاستِئجارِ لتَعليم القُرآنِ.

(والفَتوى اليومَ على جَواز الاستِئجارِ لتَعليم القُرآنِ) وهو مَذهَبُ المُتأخِّرين من مَشايخ بَلْخٍ، استَحسَنوا ذلك لظُهور التَّواني في الأمور الدِّينيّةِ، وكَسَلِ النّاسِ في الاحتِساب، وكذا يَجوزُ على الإمامة في هذا اليومِ؛ لأن الأئِمّةَ كانَت لهم عَطِيّاتٌ في بَيت المالِ، وانقَطَعت اليومَ بسَبَب استيلاءِ الظَّلَمةِ عليها.

وفي «رَوضة» الزَّندَويستِيّ[1]: كان شَيخُنا أبو محمدٍ عبدُ اللهِ الخَيزاخَزيُّ[2] يَقولُ: في زَمانِنا يَجوزُ للإمام والمُؤذِّنِ والمُعلِّمِ أخذُ الأجرِ، ولا يَجوزُ استِئجارُ المُصحَفِ وكُتُبِ الفِقهِ؛ لعَدَم التَّعارُفِ.

= يلتزم إيفاء ما لا يقدر عليه، فالتحذيق ليس في وسع المعلم، بل ذلك باعتبار شيء في خِلقة المتعلم، ثم في ما سمي من المدة لا يُدرى أنه هل يقدر على أن يحذقه كما شرط أم لا، والتزام تسليم ما لا يقدر عليه بعقد المعاوضة لا يجوز.

(١) الحسين بن يحيى البخاري، الزندويستي، صاحب «روضة العلماء»، وانظره في «الجواهر المضية» ٢/ ٣١٣، و«تاج التراجم» ص١٦٤.

(٢) في (ب): الجرجاني. قال في «الجواهر المضية» ١/ ٧٢: الخَيْزَاخَزِيُّ: بفتح الخاء المعجمة، وسكون الياء تحتها نقطتان، وفتح الزاي، وسكون الألف، وفتح الخاء الثانية، وكسر الزاي الثانية، نسبةً إلى قرية خَيزَاخَزَ من قرى بخارى.
والإمام المذكور هنا هو: عبد الله بن الفضل، الخيزاخزي، كان مفتي بخارى، روى عنه ابنه أبو نصر أحمد بن عبد الله، وروى عن أبي بكر أحمد بن عبد الله بن حبيب وأبي بكر بن مجاهد القطان البلخي وغيرهما، وتفقه على أبي بكر محمد بن الفضل الكماري. «الجواهر المضية» ١/ ٢٨٠، وقال في ترجمة ابنه ١/ ٧٢: الإمام ابن الإمام.

ولا يَجوزُ على الغِناء، والنَّوحِ، والْمَلاهي.

(ولا يَجوزُ) أخذُ الأُجرةِ (على الغِناء والنَّوحِ والْمَلاهي) لأن الْمَعصِيةَ لا يُتصوَّرُ استِحقاقُها بالعَقد، فلا يَجِبُ عليه الأجرُ، وإن أَعطاه الأجرَ وقَبَضه: لا يَحِلُّ له، ويَجِبُ عليه رَدُّه على صاحِبه، وفي «الْمُحيط»: إذا أَخَذ المالَ من غَير شَرطٍ يُباحُ؛ لأنه عن طَوعٍ[1] من غَير عَقدٍ[2].

ولو استأجره ليَقتُلَ شخصًا وَجَب عليه القَتلُ: لا يجوز، بخلاف ما لو استأجَرَه ليضرِبَ له مَن وَجَب عليه الحَدُّ: جاز؛ للفرق بينهما.

وفي «شَرح الكافِي»: ولا تَجوزُ الإجارةُ على شيءٍ من الغِناءِ، والنَّوحِ، والْمَزاميرِ، والطَّبلِ، أو شيءٍ من اللَّهو، ولا على الحُداء[3]، وقِراءةِ الشِّعرِ ولا غيرِه، ولا أجرَ في ذلك.

والطَّبلُ إنما كان مَنهيًّا إذا كان للَّهو، أما إذا كان لغَيره: فلا بأسَ به، كطَبلِ الغُزاةِ وطَبلِ العُرْسِ، وفي «الأجناس»: ولا بأسَ أن يَكونَ لَيلةَ العُرْسِ دُفٌّ يُضرَبُ به؛ ليُشتَهرَ بذلك ويُعلَنَ به النِّكاحُ، وفي «فَتاوى» الوَلْوالِجيِّ: رجلٌ استَأجَر رجلًا ليَضرِبَ له الطَّبلَ.. إن كان للَّهو: لا يَجوزُ، وإن كان للغَزو أو القافِلةِ: يَجوزُ؛ لأنه طاعةٌ.

---

(١) في (ب): عن طرح، وفي (ج): لأنه من طرح. وانظر «التبيين» ٥/ ١٢٥.
(٢) في (أ): من غير عقد وفي شرح الكافي....إلخ. وانظر «التبيين» ٥/ ١٢٥.
(٣) في (أ): الحداد. وانظر «البناية» ١٠/ ٢٨٣.

وفَسَد إجارةُ الْمُشاعِ، إلا من الشَّريك.

وصحَّ استِئجارُ الظِّئرِ بأُجرةٍ مَعلومةٍ، وبطَعامها، وكِسوتِها، ....

(وفَسَد إجارةُ الْمُشاعِ إلا من الشَّريك) صورتُه: أن يُؤْجِرَ نِصفَ دارٍ مُشترَكةٍ بينه وبين آخَرَ من رجلٍ ليَسكُنَها: لا يَجوزُ عند أبي حنيفةَ إلا من شَريكه، وقالا: يَجوزُ مُطلَقًا؛ لأنه نَوعُ تَمليكٍ، فيَجوزُ، كالبَيع، وبه قال الشّافعيُّ ومالِكٌ.

وله: أنه عقدٌ، والغَرَضُ منه الانتِفاعُ، وهو لا يُتَصوَّرُ بالْمُشاع، فلا بُدَّ من التَّهايُؤ، فيَصيرُ كُلٌّ منهما نائِبًا عن الآخَر في النِّصف في نَوبته، والمالِكُ لا يَصِحُّ نائِبًا عن الْمُستأجِر، والْمُستأجِرُ لا يَصِحُّ نائِبًا عن المالِك.

والحِيلةُ في جَواز إجارةِ الْمُشاعِ: أن يَستأجِرَ الكُلَّ، ثم يَفسَخَ في النِّصف.. فإنه يَجوزُ؛ لأن الشُّيوعَ الطّارِئَ لا يُفيدُ، كما في الهِبة، أو يَحكُمَ الحاكِمُ بجَوازه، وفي «الْمُغني»: الفَتوى في إجارة الْمُشاعِ على قَولهما.

(وصحَّ استِئجارُ الظِّئرِ) وهي الْمُرضِعةُ (بأُجرةٍ مَعلومةٍ) لإجماع الأُمّةِ عليه (و) صحَّ استِئجارُها (بطَعامها وكِسوتِها) عند أبي حنيفةَ، وقالا: لا يَجوزُ؛ لأن الأُجرةَ مَجهولةٌ، وبه قال الشّافعيُّ، وله: أن العادةَ جارِيةٌ بالتَّوسِعة على الظِّئر شَفَقةً على الوَلَد، فلم تكن الجَهالةُ مُفضِيةً إلى الْمُنازَعة.

ولا يُمنَعُ زَوجُها مِن وَطئها، فإن حَبِلت أو مَرِضت: فُسِخت، ....

(ولا يُمنَعُ زَوجُها) أي زَوجُ الظِّئرِ (مِن وَطئها) لأنه حَقُّه، ولهذا له فَسخُ الإجارةِ إذا لم يكن عَلِم بها، سواءٌ كان يَشينُه إجارتُها، بأن كان وَجيهًا بين النّاسِ، أو لم يكُن[1]، في الأصَحّ، ولكن للمُستأجِر مَنعُه من دُخول بَيتِه؛ لأن الْمَنزِلَ له، وعند مالِكٍ: يُمنَعُ من الوَطء.

(فإن حَبِلت) الظِّئرُ (أو مَرِضت: فُسِخت) الإجارةُ؛ لأن لَبَنَ الحُبلى والْمَريضةِ يَضُرُّ بالصَّغير، وهي أيضًا يَضُرُّها الرَّضاعُ، فكان لها[2] ولهم الخِيارُ؛ دَفعًا للضَّرَر عنهما[3]، وكذا يُفسَخُ إذا تَقيَّأ لبَنَها، أو كانَت سارِقةً، أو فاجِرةً بائِنًا فُجورُها، بخِلاف ما إذا كانَت كافِرةً، وكذا إذا كان الصَّبيُّ لا يَأخُذُ ثَديَها تُفسَخُ.

ولها أيضًا فَسخُها إذا كانَت تَتأذّى منهم، وكذا إذا لم تَجرِ لها عادةٌ بالإرضاع، وكذا إذا عَيَّروها به.

ولا تُفسَخُ بمَوت أبِ الصَّبيِّ؛ لأن الإجارةَ واقِعةٌ للصَّبيِّ لا للأَب، سواءٌ كان له مالٌ أو لم يكن، ولو سافَرت هي أو أهلُ الصَّبيِّ تُفسَخُ الإجارةُ.

---

(١) في (هـ): أو لم يشنه.
(٢) في (أ) و(ب): لها ولهم.
(٣) في (د): عنها.

وعليها إصلاحُ طَعامِ الصَّبيِّ، فإن أرضَعَته بلَبَن شاةٍ: فلا أجرَ.

ولو دَفَع غَزْلًا ليَنسِجَه بنِصفه، أو استأجَره ليَحمِلَ طَعامَه بقَفيزٍ منه، أو ليَخبِزَ له كذا اليومَ بدِرهَمٍ: لم تَجُز.

(وعليها) أي على الظِّئر (إصلاحُ طَعامِ الصَّبيِّ) اعتبارًا للعُرف، وكذا تَغسِلُ ثِيابَه، وغيرُ ذلك مما جَرَت به العادةُ.

(فإن أرضَعَته) أي فإن أرضَعت الظِّئرُ الصَّبيَّ (بلَبَن شاةٍ: فلا أجرَ) لها؛ لأنها لم تأتِ بالعَمَل الواجِبِ عليها، وهو الإرضاعُ، وهذا إيجارٌ[1]، وفي «المُحيط»: لو استأجَر شاةً لتُرضِعَ جَدْيًا أو صَبِيًّا: لا يَجوزُ؛ لأن للَبَن البَهائمِ قِيمةً، فوَقَعت الإجارةُ عليه، وهو مَجهولٌ، وليس للَبَن المَرأةِ قِيمةٌ، فلا تَقَعُ الإجارةُ عليه، وإنما تَقَعُ على فِعل الإرضاعِ والتَّربيةِ والحَضانةِ.

(ولو دَفَع) رجلٌ إلى نَسّاجٍ (غَزْلًا ليَنسِجَه بنِصفه) أي بنِصف الغَزْلِ (أو استأجَره) أي لو استأجَر أحدًا (ليَحمِلَ طعامَه) إلى بَيته (بقَفيزٍ منه) أي من الطَّعام بأن جَعَل القَفيزَ أُجرتَه (أو) استأجَر أحدًا (ليَخبِزَ له كذا) من الخُبز (اليومَ بدِرهَمٍ: لم تَجُز) الإجارةُ في الصُّوَر الثَّلاثِ..

أما في الأُولى والثّانيةِ: فلأنه جَعَل الأجرَ بعضَ ما يَخرُجُ من عَمَله، فصار في مَعنى قَفيزِ الطَّحّانِ، ....

(١) الوَجور -بفتح الواو وِزان رسول-: الدواء يصب في الحلق، وأوجرت المريض إيجارًا: فعلت به ذلك، ووجرته أجِرُه من باب وعد.. لغةٌ. «المصباح» ٢/٦٤٨.

وقد نَهى عنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ[1]، وهو أن يَستأجِرَ ثَورًا ليَطحَنَ له حِنطةً بقَفيزٍ من دَقيقه، فإذا نَسَج أو حَمَل فله[2] أجرُ مِثلِه، لا يُجاوَزُ به الْمُسمّى.

وكان مَشايخُ بَلْخٍ ونَسِفٍ يُجوِّزون حَمْلَ الطَّعامِ ببَعض الْمَحمولِ، ونَسْجَ الثَّوبِ ببَعض الْمَنسوجِ؛ لتَعامُل أهلِ بِلادِهم بذلك.

وأما في الثَّالِثة: فلأن الْمَعقودَ عليه مَجهولٌ، هذا عند أبي حنيفةَ، وقالا: هذه جائِزةٌ، ويَكونُ العَقدُ على العَمَل دون اليومِ، حتى إذا فَرَغ منه نِصفَ النَّهارِ فله الأجرُ كامِلًا، وإن لم يَفرَغه في اليَوم فعليه أن يَعمَلَ في الغَد؛ لأن الْمَعقودَ عليه هو العمَلُ، وذِكرُ اليومِ للتَّعجيل.

وعن أبي حنيفةَ: أنه إذا سَمّى عَمَلًا وقال: (في اليَوم): جازَت الإجارةُ؛ لأن كَلِمةَ (في) للظَّرف لا لتَقدير الْمُدّةِ، فلا تَقتَضي الاستِغراقَ، فكان الْمَعقودُ عليه هو العمَلَ، وهو مَعلومٌ، بخِلاف ما إذا حُذِفت (في)؛ فإنه يَقتَضي الاستِغراقَ، ولو استَأجَره ليَخبِزَ له كذا من الدَّقيق على أن يَفرُغَ منه اليومَ: تَجوزُ بالإجماع.

---

(١) رواه الدارقطني في «سننه» (٢٩٨٥)، وأبو يعلى في «مسنده» (١٠٢٤)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٨٥٤). قال في «المصباح» ٢/ ٥١١: وقَفِيز الطحان معروف، ونهي عنه، وصورته أن يقول: استأجرتك على طحن هذه الحنطة برَطل دقيق منها مَثَلًا، وسواء كان مع ذلك غيرُه أو لا.

(٢) في (د): عليه.

وإن استَأجَر أرضًا على أن يَكرُبَها ويَزرَعَها، أو يَسقِيَها ويَزرَعَها: صحَّ، وإن شَرَط أن يُثْنِيَها، أو يَكرِيَ أنهارَها، أو يُسَرْقِنَها، أو يَزرَعَها بِزراعة أرضٍ أُخرى: لا، ....

(وإن استَأجَر أرضًا على أن يَكرُبَها) مِن كَرَب الأرضَ: إذا أصلَحها بالْمِحراث ثم زَرَعها، ومُضارِعُه: يَكرُبُ، من باب: نَصَر يَنصُرُ، ومادّتُه: كافٌ وراءٌ وباءٌ مُوحَّدةٌ، وكَرَب أيضًا: إذا أخَذ الكَرَبَ[1] من النَّخل (و) أن (يَزرَعَها، أو) استَأجَرها على أنْ (يَسقِيَها ويَزرَعَها: صحَّ) الإيجارُ؛ لأنه شَرطٌ يَقتَضيه العَقدُ؛ لأن الزِّراعةَ لا تَتأتّى إلا بالكِراب والسَّقيِ.

(وإن شَرَط) في الإجارة (أن يُثْنِيَها) من الإثناء، وهو أن يُعِيدَ الحَرْثَ بالْمِحراث بعد الحَرْثِ الأوَّلِ مُبالَغةً فيه (أو يَكرِيَ أنهارَها) مِن كَرَيت النَّهرَ -بالفَتح- كَرْيًا: أي حَفَرته (أو يُسَرْقِنَها) مِن سَرقَنْت الأرضَ: إذا جَعَلت فيها السِّرقِينَ، وهو الزِّبْلُ، وهو لفظٌ مُعرَّبٌ، ويُقالُ له: سِرجينٌ أيضًا (أو يَزرَعَها) أي الأرضَ (بِزراعة أرضٍ أُخرى) بأن جُعِلت زِراعةُ الأرضِ الأُخرى أجرةً لها: (لا) يَصِحُّ.

لأن هذه شُروطٌ لا يَقتَضيها العَقدُ؛ لأن أثَرَ التَّثنِيةِ، وكَرْيِ الأنهارِ، والسَّرْقَنةِ.. يَبقى بعد انقِضاءِ مُدّةِ الإجارةِ، فيَكونُ في نَفع صاحِبِ

---

(١) هو بالحركة: أصل السَّعَف، وقيل: ما يبقى من أصوله في النخلة بعد القطع كالمراقي. «مجمع بحار الأنوار» ٤/ ٣٨٩.

كإجارة السُّكنى بالسُّكنى.

الأرضِ، وهو شَرطٌ لا يَقتَضيه العَقدُ، حتى لو كان بحيث لا يَبقى لهذه أثرٌ بعد الْمُدّةِ، بأن كانَت طَويلةً، أو كان الرَّيعُ[1] لا يَحصُلُ إلا بها: لا يَفسُدُ اشتِراطُها؛ لأنها حينَئذٍ مما يَقتَضيه العَقدُ؛ لأن من الأراضِي ما لا تُخرِجُ الرَّيعَ إلا بالكِراب مِرارًا أو بالسَّرْقَنة، وقد يُحتاجُ إلى كَرْيِ الجَداوِلِ ولا يَبقى أثَرُه إلى القابِل عادةً، بخِلاف كَرْيِ الأنهارِ؛ لأن أثَرَه يَبقى إلى القابِل عادةً.

وفي لَفظ «الكِتابِ» إشارةٌ إليه حيث قال: كَرْيِ الأنهارِ؛ لأن مُطلَقه يَتناوَلُ الأنهارَ العِظامَ دون الجَداوِلِ.

وأما استِئجارُ الأرض ليَزرَعَها بأرضٍ أُخرى ليَزرَعَها الآخَرُ: فهو بيعُ الشَّيءِ بجِنسه نَسيئةً، وهو حَرامٌ، خِلافًا للثَّلاثة.

(كإجارة السُّكنى) أي كما لا يَجوزُ إجارةُ السُّكنى (بالسُّكنى) أو الرُّكوبِ بالرُّكوب؛ لما ذَكَرنا، خِلافًا للثَّلاثة أيضًا.

ثم لو استَوفى أحَدُهما الْمَنفَعةَ فعليه أجرُ الْمِثلِ في ظاهِر الرِّوايةِ، وعن الكَرْخيِّ: عن أبي يوسف: أنه لا شيءَ عليه.

---

(١) الريع: الزيادة والنماء، وراعت الحنطة وغيرها رَيعًا من باب باع: إذا زكت ونمت، وأرض مَريعة بفتح الميم: خصبة، قال الأزهري: الريع فضل كل شيء على أصله، نحو ريع الدقيق، وهو فضله على كيل البر. «المصباح» ١/٢٤٨.
والريع: الغلة. وانظر «طلبة الطلبة» ص١٤٧.

ولو استأجَره لحَمْل طَعامٍ بينهما: فلا أجرَ له، كراهِنٍ استأجَر الرَّهنَ من الْمُرتَهِن.

وإن استأجَر أرضًا، ولم يَذكُر أنه يَزرَعُها، أو أيَّ شيءٍ يَزرَعُها، فزَرَعها، فمَضى الأجَلُ: فله الْمُسمّى.

(ولو استأجَره) أي فُلانًا **(لحَمْل طَعامٍ)** مُشترَكٍ **(بينهما: فلا أجرَ له)** أي الذي سَمّاه، ولا أجرَ الْمِثلِ، وقال الشّافعيُّ: تَجوزُ هذه الإجارةُ، ويَجِبُ الْمُسمّى؛ لأنه أوفى الْمَشروطَ عليه، وبه قال مالِكٌ وأحمدُ.

ولنا: أنه لا يَتميَّزُ عمَلُه لنَفسه من عَمَله لشَريكه، فوَقَع الشَّكُّ، فلا يَجِبُ به **(كراهِنٍ استأجَر الرَّهنَ من الْمُرتَهِن)** فإنه لا يَجوزُ؛ لأنه مِلكُه، والْمُرتهِنُ ليس بمالِكٍ حتى يُؤجِرَه منه.

(وإن استأجَر) رجلٌ **(أرضًا، ولم يَذكُر أنه يَزرَعُها)** أي الأرضَ **(أو)** لم يَذكُر أنه **(أيَّ شيءٍ يَزرَعُها، فزَرَعها، فمَضى الأجَلُ)** أي مُدّةُ الإجارةِ **(فله)** أي فللمُؤجِر **(الْمُسمّى)** من الأجرة؛ لأن الأرضَ تُستأجَرُ للزِّراعة ولغَيرها، من البِناء، والْمَراحِ، ونَصبِ الخِيامِ، وكذا ما يُزرَعُ فيها مُختلِفٌ، فبعضُه أقلُّ ضَررًا بها من بعضٍ، فلا يَجوزُ حتى يُبيِّنَ أنه يَزرَعُها، ويُبيِّنَ جِنسَ ما يَزرَعُ فيها..

فإن زَرَعها، ومَضى الأجَلُ: جاز استِحسانًا، والقِياسُ أن لا يَجوزَ، وهو قولُ زفرَ؛ لأنه وَقَع فاسِدًا، فلا يَنقلِبُ جائِزًا، وجهُ الاستِحسانِ: أن الجَهالةَ قد ارتَفَعت قبلَ تَمامِ العَقدِ، فيَنقلِبُ جائِزًا، كما إذا أسقَط الأجَلَ الْمَجهولَ قبلَ مَجيئِه، وفيه خِلافُ زفرَ أيضًا.

وإن استأجر حِمارًا إلى مَكّةَ، ولم يُسَمِّ ما يَحمِلُ، فحَمَل عليه ما يَحمِلُ النّاسُ، فنَفَق: لم يَضمَن، وإن بَلَغ إلى مَكّةَ: فله الْمُسمّى.

وإن تَشاحّا قبلَ الزَّرعِ والحَمْلِ: نُقِضت الإجارةُ؛ دَفعًا للفَساد.

(وإن استأجَر حِمارًا إلى مَكّةَ، ولم يُسَمِّ ما يَحمِلُ، فحَمَل عليه ما يَحمِلُ النّاسُ، فنَفَق) أي هَلَك الحِمارُ (لم يَضمَن) لأن العَينَ أمانةٌ في يَده وإن كانَت الإجارةُ فاسِدةً، ولم يَتعدَّ، فإذا تَعَدّى ضَمِن، ولا أجرَ عليه (وإن بَلَغ) الحِمارُ معه (إلى مَكّةَ فله) أي فللمُؤجِر (الْمُسمّى) لأن الفَسادَ كان للجَهالة، فإذا حَمَل عليه شيئًا يُحمَلُ على مِثله تَعيَّنَ ذلك، فانقَلَبَ صَحيحًا.

(وإن تَشاحّا[1]) أي وإن تَنازَعا وتَخاصَما، أي الْمُؤجِرُ والْمُستأجِرُ (قبلَ الزَّرعِ) في الْمَسألة السّابِقةِ (و) قبلَ (الحَمْلِ) على الحِمار في هذه الْمَسألةِ (نُقِضت الإجارةُ؛ دَفعًا للفَساد) لبَقائه قبلَ ارتِفاعِ الجَهالةِ بالتَّعيين.. بالزَّرع في الْمَسألةِ السّابِقةِ، وبالحَمْل في هذه.

---

(١) في (هـ): تشاجرا.

باب ضَمانِ الأجيرِ

الأجيرُ المُشترَكُ: مَن يَعمَلُ لغَير واحِدٍ، ولا يَستحِقُّ الأجرَ حتى يَعمَلَ، كالصَّبّاغ والقَصّارِ، والمَتاعُ في يَده غيرُ مَضمونٍ بالهَلاك.

وما تَلِف بعَمَله كتَخريق الثَّوبِ من دَقِّه، وزَلَقِ الحَمّالِ، وانقِطاعِ الحَبْلِ الذي يَشُدُّ به ....

هذا (باب) في بَيان أحكامِ (ضَمانِ الأجيرِ)

وهو مَن يُؤجِرُ نفسَه للعَمَل، وهو على نَوعَين:

أحَدُهما: (الأجيرُ المُشترَكُ) وهو (مَن يَعمَلُ لغَير واحِدٍ، و) صِفتُه: أنه (لا يَستحِقُّ الأجرَ حتى يَعمَلَ، كالصَّبّاغ والقَصّارِ) وحُكمُه: أنه أمينٌ (والمَتاعُ في يَده غيرُ مَضمونٍ بالهَلاك) من غَير تَعَدٍّ عند أبي حنيفة؛ لأنه أمينٌ.

وقالا: يَضمَنُ؛ لأن عُمَرَ وعَلِيًّا رضي الله عنهما كانا يُضَمِّنان الأجيرَ المُشترَكَ[1]، وبه قال مالِكٌ، والشّافعيُّ في قولٍ، وأحمدُ في رِوايةٍ، وبه أفتى بعضُهم، وبقَول الإمامِ آخَرون، وأفتى بالصُّلح جَماعةٌ مِنّا.

(وما) أي والذي (تَلِف بعَمَله) أي بعَمَل الأجيرِ المُشترَكِ (كتَخريق الثَّوبِ من دَقِّه، وزَلَقِ الحَمّالِ[2]، وانقِطاعِ الحَبْلِ الذي يَشُدُّ به

---

(١) قال الشرنبلالي في «حاشيته» ٢/ ٢٣٥ بعد أن نقل كلام المصنف هذا: وقال قاضي خان: والمختار في الأجير المشترك قول أبي حنيفة. اهـ.

(٢) في (د): الجمال.

الحِملَ، وغَرَقِ السَّفينةِ من مَدِّه: مَضمونٌ، ولا يَضمَنُ به بنِي آدَمَ.
وإن انكَسَر دَنٌّ في الطَّريق: ضَمِن الحَمّالُ قِيمتَه ....

الحِملَ، وغَرَقِ السَّفينةِ من مَدِّه: مَضمونٌ) وقال زفرُ والشّافعيُّ: غيرُ مَضمونٍ؛ لأنه مَأمورٌ بالعَمَل مُطلَقًا، وإنَّه يَنتَظِمُ السَّليمَ والمَعيبَ، ولنا: أنَّ المَقصودَ هو المُصلِحُ دون المُفسِدِ، فكان هو المأذونَ فيه دون غيرِه[1].

(ولا يَضمَنُ) أي الأجيرُ المشتركُ (به) أي بغَرَق السَّفينةِ (بنِي آدَمَ) بمَدِّه، أو سَقَط من الدّابّة، وإن كان من سَوقه أو قَوْدِه؛ لأن الآدَميَّ لا يُضمَنُ بالعَقد، وإنما يُضمَنُ بالجِناية، ولو غَرِقت السفينةُ من مَوجٍ، أو رِيحٍ، أو صَدْمِ جَبَلٍ، أو زُوحِمَ الحَمّالُ: فلا ضَمانَ عليهم؛ لأنه لا فِعلَ لهم في ذلك.

(وإن انكَسَر دَنٌّ[2] في الطَّريق ضَمِن الحَمّالُ قِيمتَه) التي تُقَوَّمُ ......

(١) وقال العلامة الغزنوي في «الغرة المنيفة» ص١٦٦: حجة أبي حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أن خرق الثوب ضرر حاصل بفعله، فيلزمه الضمان، والداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد، وهو العمل الصالح؛ لأنه هو الوسيلة إلى الأثر دون العمل المقيد.
حجة الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: أن القصار لم يقصر في العمل، والنقصان ليس من قِبَله؛ إذ لا قدرة له في ذلك، والأمر بالفعل كان مطلقًا، فينتظمه بنوعيه المعيبَ والسليم، كالأجير الواحد ومُعِين القصار.
الجواب عنه: أن المعين متبرعٌ، فلا يمكن تقييده بالصالح، والأجير الواحد صارت منافعه مملكةً للمستأجر بنفس تسليم النفس، فإذا آجره بالتصرف في ملكه: صح، ويصير نائبًا مَنابَه، فصار فعله منقولًا إليه، فكأنه فعل بنفسه، فلهذا لا يضمنُه.
(٢) الدن كهيئة الحُب، إلا أنه أطول منه، وأوسع رأسًا، والجمع دنان، مثل: سهم =

في مَكان حَمْلِه، ولا أجرَ له، أو في مَوضِعِ انكَسَر، وأجرُه بحِسابه.
ولا يَضمَنُ حَجّامٌ، أو بَزّاغٌ، أو فَصّادٌ.. لم يَتعَدَّ الْمَوضِعَ الْمُعتادَ.

(في مَكان حَمْلِه، ولا أجرَ له، أو) ضَمِن قِيمتَه (في مَوضِعِ انكَسَر) فيه الدَّنُّ (و) يَجِبُ (أجرُه بحِسابه) أمّا الضَّمانُ: فلأنه تَلِف بفِعله، وأما الخِيارُ: فلأنه إذا انكَسَر في الطَّريق والحِملُ شيءٌ واحِدٌ. تَبيَّن أنه وَقَع تَعدِّيًا من الابتِداء من هذا الوجهِ..

وله وجهٌ آخَرُ: وهو أن ابتِداءَ الحَملِ حَصَل بأمره، فلم يكن مُتَعدِّيًا، وإنما صار مُتَعدِّيًا عند الكسرِ، فيَميلُ إلى أيِّ الجِهَتَين شاء، فإن مال إلى كَونه مُتَعدِّيًا ضَمِن قِيمتَه في الابتِداء، ولا يَجِبُ الأجرُ، وإن مال إلى كَونه مَأذونًا فيه في الابتِداء، وإنما صار مُتَعدِّيًا عند الكَسرِ: ضَمَّنه قِيمتَه في مَوضِع الكَسرِ، وأعطاه أجرَه بحِسابه.

هذا إذا كان الكَسرُ بصُنعه، بأن زَلِق أو عَثَر، وإن كان من غَير صُنعِه، بأن زَحَمه[1] النّاسُ، فانكَسَر: لا يَضمَنُ عند أبي حنيفةَ؛ لأن الْمَتاعَ أمانةٌ عنده، وعندهما: يَضمَنُ قِيمتَه في مَوضِع الكَسرِ، فيُعطِيه أجرَه.

(ولا يَضمَنُ حَجّامٌ، أو بَزّاغٌ) وهو البَيطارُ، من البَزْغ، وهو الشَّقُّ (أو فَصّادٌ لم يَتعَدَّ[2]) أي لم يَتجاوَزِ (الْمَوضِعَ الْمُعتادَ) لعَدَم العِلمِ بحُصول الموتِ منه، إلا أن يَتجاوزَ الْمَوضِعَ الْمُعتادَ؛ لأن ذلك غيرُ

= وسهام. «المصباح» ١/ ٢٠١.
(١) في (أ) و(د): رجمه.
(٢) في سوى (أ): يعدُ.

والخاصُّ: يَستحِقُّ الأجرَ بتَسليم نفسِه في الْمُدّة، وإن لم يَعمَل، كمن استُؤجِر شَهرًا للخِدمة، أو لرَعْي الغنَمِ.

ولا يَضمَنُ ما تَلِف في يَده أو بعَمَله.

مَأذونٍ فيه، فيَضمَنُ نصف دِيةِ[1] النَّفسِ؛ لأنها تَلِفت بمَأذونٍ فيه وغيرِ مَأذونٍ فيه، فيَضمَنُ بحِسابه، وإن لم يَهلِك يَضمَنُ الزّائدَ كلَّه.

حتى إن الخَتّانَ لو قَطَع الحَشَفةَ وبَرَأ الْمَقطوعُ: يَجِبُ عليه دِيةٌ كامِلةٌ؛ لأن الزّائدَ هو الحَشَفةُ، وهو عُضوٌ كامِلٌ، فيَجِبُ عليه الدِّيةُ كامِلةً، وإن مات وَجَب عليه نِصفُ الدِّيةِ؛ لما ذَكَرنا، وهو من أغرَب الْمَسائلِ وأندَرِها؛ حيث يَجِبُ الأكثرُ بالبُرء، والأقلُّ بالهَلاك.

(و) الثّاني: الأجيرُ (الخاصُّ) وهو الذي (يَستحِقُّ الأجرَ بتَسليم نفسِه) للعَمَل (في الْمُدّة) أي في مُدّة الإجارةِ (وإن لم يَعمَل) ويُسمّى أجيرَ وَحْدٍ أيضًا؛ لأنه يَختصُّ به الواحِدُ، وهو الْمُستأجِرُ، وليس له أن يَعمَلَ لغَيره؛ لأن مَنافِعَه صارَت مُستحَقّةً له، والأجرُ مُقابَلٌ بها، فيَستحِقُّه ما لم يَمنَعه من العَمَل مانِعٌ، كالْمَرَض والْمَطَرِ ونحوِ ذلك مما يَمنَعُ التَّمكُّنَ من العَمَل.

ثم فَسَّره بقَوله: (كمن استُؤجِر شَهرًا للخِدمة أو لرَعْي الغنَمِ).

(و) حُكمُه: أنه (لا يَضمَنُ ما تَلِف في يَده أو بعَمَله) لأن العَينَ أمانةٌ في يَده؛ لأنه قَبَضها بالإِذن، وهذا بالإجماع، إلا في وجهٍ للشّافعيّة: أنه يَضمَنُ.

---

(١) في سوى (أ) و(ها): فيضمن دية النفس. وانظر «التبيين» ٥/ ١٣٧.

وصحَّ تَرديدُ الأجرِ بتَرديد العمَلِ في الثَّوب نَوعًا، وزَمانًا في الأوَّل،

(**وصحَّ تَرديدُ الأجرِ**) أي جعلُه مُتردِّدًا بين التَّسمِيتَين (**بتَرديد العمَلِ**) أي بسَبَب تَرديدِ العمَلِ (**في الثَّوب نَوعًا**) أي من حيث النَّوعُ، بأن قال: إن خِطتَه فارِسيًّا فبدِرهَمٍ، وإن خِطتَه رُومِيًّا فبدِرهَمَين[1].

(**وزَمانًا**) أي ومن حيث الزَّمانُ، بأن قال: إن خِطتَه اليومَ فبدِرهَمٍ، وإن خِطتَه غَدًا فبنِصفِ دِرهَمٍ، وقولُه: (**في الأوَّل**) -أي في الشَّرط الأوَّلِ-: قَيدٌ لقَوله: (زَمانًا) فقط؛ لأن التَّرديدَ إذا كان في النَّوع يَجوزُ بلا خِلافٍ بين عُلَمائِنا الثَّلاثةِ، حتى إذا عَمِل أيَّ العَمَلَين في الخِياطة الفارِسيَّةِ أو الرُّومِيَّةِ: استَحقَّ ما سَمَّاهُ أجرًا[2].

وعند زفرَ والثَّلاثةِ: لا يَجوزُ؛ لجَهالة الْمَعقودِ عليه للحال.

ولنا: أنهما عَمَلان مُختلِفان ببَدَلَين مُختلِفَين، وكلُّ واحِدٍ مَعلومٌ، فيَتعيَّنُ أحَدُهما باختِياره، وتَرتفِعُ الجَهالةُ الْمُفضِيةُ للمُنازَعة.

وإذا كان التَّرديدُ في الزَّمان يَصِحُّ في الأوَّل دون الزَّمانِ الثَّاني، حتى إذا خاطَه اليومَ في قَولِه: إن خِطتَه اليومَ فبدِرهَمٍ، وإن خِطتَه غَدًا فبنِصفِ دِرهَمٍ: فله دِرهَمٌ، وإن خاطَه غَدًا فله أجرُ مِثلِه لا يَتجاوزُ به نِصفَ دِرهَمٍ عند أبي حنيفةَ، وعندهما: يَصِحُّ في الأوَّل والثَّاني، حتى إذا خاطَه اليومَ

---

(١) إنما جاز: لأنه سَمّى نوعين معلومين من العمل، وسَمّى لكل واحد منهما بدلًا معلومًا: فيجوز. «التبيين» ٥/ ١٣٩، أما الفارسي: فإن خياطته تكون غرزة غرزة، وأما الرومي: فإنها تكون غرزتين غرزتين. «البناية» ١٠/ ٣٢٢.

(٢) في (ب) و(ج): آخِرًا.

وفي الدُّكّان والبَيت والدّابّةِ: مَسافةً وحَمْلًا.

فله دِرهَمٌ، وإن خاطَه غَدًا فله نِصفُ دِرهَم.

وعند زفرَ والثّلاثةِ: لا يَصِحُّ لا في الأوّل ولا في الثّاني؛ لما ذَكَرنا.

لهما: أنهما عَقدان ببَدَلَين مُختلِفَين، فيَصِحُّ كِلاهما.

وله: أن الشَّرطَ الثّانيَ عَقدٌ آخَرُ، فقد حَصَلت فيه تَسمِيتان؛ لأن الْمَوجودَ في اليَوم الأوّلِ تَسمِيةٌ واحِدةٌ؛ لأن الثّانيةَ مُضافةٌ، فصَحَّت الأولى، فإذا جازَت التَّسمِيةُ الثّانيةُ اجتَمَع في الغَد تَسمِيتان، والتَّسمِيتان في عَقدٍ واحِدٍ مُفسِدةٌ، فوَجَب أجرُ الْمِثلِ.

(و) صحَّ التَّرديدُ أيضًا (في الدُّكّان) بأن قال: إن سَكَّنتَ هذه الدُّكّانَ عَطّارًا فبدِرهَمٍ في الشَّهر، وإن سَكَّنتَها حَدّادًا فبدِرهَمَين: فالعَقدُ جائِزٌ عند أبي حنيفةَ، وقالا: لا يَصِحُّ؛ لأن الْمَعقودَ عليه واحِدٌ، والأَجران مُختلِفان، ولا يُدرى أيُّهما يَجِبُ، فلا يَصِحُّ، وبه قال زُفرُ والثّلاثةُ.

وله: أن أقلَّ الأُجرتَين تَجِبُ بتَسليم الْمحَلِّ، والزِّيادةُ مَوقوفةٌ على ظُهور العمَلِ، ولو كان كُلُّ الأجرِ مَوقوفًا على ذلك، كما في مَسألة الخِياطةِ الرُّوميّةِ والفارِسيّةِ: جاز، وهذا أولى.

(و) في (البَيت) أيضًا، مِثلُ الدُّكّانِ.

(و) صحَّ تَرديدُ الأجرةِ في (الدّابّةِ) أيضًا (مَسافةً) أي من حيث الْمَسافةُ، بأن قال: آجَرتُك هذه الدّابّةَ إلى بَغدادَ بعِشرين دِرهَمًا، وإلى الكُوفة بعَشَرة دَراهِمَ (وحَمْلًا) أي من حيث الحَمْلُ، بأن قال: آجَرتُكها

ولا يُسافِرُ بعَبدٍ استأجَره للخِدمة بلا شَرط.
ولا يَأخُذُ الْمُستأجِرُ من عَبدٍ مَحجورٍ أجرًا دَفَعه لعَمَله.

على أنك إن حَمَلتَ عليها قِنطارًا[1] من زَيتٍ فبعَشَرةٍ، وإن حَمَلتَ عليها قِنطارًا من حَديدٍ فبمِائةٍ: فالعَقدُ جائزٌ فيهما[2] عند أبي حنيفةَ، خِلافًا لهما وزُفرَ والثَّلاثةِ.

وكذا الحُكمُ إذا كان التَّرديدُ بين ثَلاثةِ أشياءَ، ولا يَجوزُ أكثَرُ من ذلك على ما بَيَّنّا في خِيار التَّعيينِ في البَيع[3].

(ولا يُسافِرُ) الْمُستأجِرُ (بعَبدٍ استأجَره للخِدمة بلا شَرط) السَّفرِ؛ لأن مُطلَقَ العَقدِ يَتناولُ الخِدمةَ في الحَضَر، وعليه عُرفُ النّاسِ، بخِلاف العَبدِ الْمُوصى بخِدمته؛ حيث لا يَتقيَّدُ بالحَضَر؛ لأن مُؤنتَه عليه، ولم يُوجَد العُرفُ في حقِّه، إلا إذا شُرِط وقتَ الإجارةِ، أو يَكونَ مُتهيِّئًا للسَّفَر وقتَ الإجارةِ، وعُرِفَ بذلك، ولو سافَر به ضَمِن؛ لأنه غاصِبٌ، ولا أجرَ عليه وإن سَلِم؛ لأن الضَّمانَ والأُجرةَ لا يَجتمِعانِ.

وعند الثَّلاثةِ: له أجرُ الْمِثلِ.

(ولا يَأخُذُ الْمُستأجِرُ من عَبدٍ مَحجورٍ) استأجَره من نَفسه (أجرًا دَفَعه لعَمَله) أي لأجل عمَلِ العبدِ، ومَعناه: لا يَستردُّ الأجرَ الذي دَفَعه إليه؛

(١) القنطار: (٦٤٠.٣٥) كغ.
(٢) في (ج) و(د) و(هـ): فيها.
(٣) أي لأن الثلاثة تشمل الجيد والوسط والرديء، ولا حاجة لأكثر من ذلك.

ولا يَضمَنُ غاصِبُ العَبدِ ما أكَل من أجره، ....

لأنه خَرَج عن مِلكه لعَمَله، فليس له أن يَستردَّه، وعند الثَّلاثةِ: يَأخُذُه، وعليه أجرُ الْمِثلِ، وهو القِياسُ.

وكذا الحُكمُ في الصَّبيِّ الْمَحجورِ عليه إذا آجَر نفسَه فالأجرُ له، ولو أعتَقه الْمَولى في نِصف الْمُدّة نَفَذت الإجارةُ، ولا خِيارَ للعَبد، فأجرُ ما مَضى للمَولى(١)، وأجرُ ما يُستقبَلُ للعَبد.

وإن آجَره الْمَولى، ثم أعتَقه في نِصف الْمُدّةِ: فللعَبد الخِيارُ، فإن فَسَخ الإجارةَ فأجرُ ما مَضى للمَولى، وإن أجاز فأجرُ ما يُستقبَلُ للعَبد، والقَبضُ للمَولى، وإذا هَلَك العَبدُ الْمَحجورُ في حالة الاستِعمالِ يَجِبُ عليه قِيمتُه، ولا يَجِبُ عليه الأجرُ.

(**ولا يَضمَنُ غاصِبُ العَبدِ ما أكَل من أَجره**) أي من أَجر العَبدِ إذا آجَر نفسَه وهو في يَد الغاصِبِ عند أبي حنيفةَ، وقالا: عليه ضَمانُه؛ لأنه أتلَف مالَ الغيرِ بغَير إذنِه.

وله: أن الضَّمانَ إنما يَجِبُ بإتلاف مالٍ مُحرَزٍ مُتقَوَّمٍ، وهذا ليس بمُحرَزٍ؛ لأن الإحرازَ يَكونُ(٢) بيَده أو بيَد نائِبه، وهذا المالُ ليس في يَده ولا في يَد نائِبه؛ لأن الغاصِبَ ليس بنائِبٍ عنه، فصار كما لو آجَره الغاصِبُ وأخَذ أجرَه فأكَله؛ حيث لا ضَمانَ عليه.

---

(١) في (ب) و(د): للعبد.

(٢) في (ج): أن يكون.

ولو وَجَده رَبُّه: أَخَذه.

وصَحَّ قبضُ العبدِ أجْرَه.

ولو آجَر عبدَه هذين الشَّهرَين، شَهرًا بأربَعة وشَهرًا بخَمسة: صحَّ، والأوَّلُ بأربَعةٍ.

ولو اختَلَفا في إباقِ العَبدِ ومَرَضِه: حُكِّم الحالُ.

(ولو وَجَده) أي ولو وَجَد ما في يَد العَبدِ من الأجرة (رَبُّه[1]) أي سَيِّدُه[2] (أَخَذه) لأنه عَينُ مالِه، ولا يَلزَمُ من بُطلان التَّقوُّمِ بُطلانُ الْمِلكِ.

(وصحَّ قبضُ العبدِ أجْرَه) من الْمُستأجِر بالإجماع؛ لأنه الْمُباشِرُ للعَقد.

(ولو آجَر) رجلٌ (عبدَه هذين الشَّهرَين) آجَر[3] (شَهرًا بأربَعة) دَراهِمَ (وشَهرًا بخَمسة) دَراهِمَ (صحَّ) هذا الإيجارُ (والأوَّلُ) من الشَّهرَين يَكونُ (بأربَعةٍ) لأنه لَمّا قال أوَّلًا: شَهرًا بأربَعةٍ: انصَرَف إلى ما يَلي العَقدَ؛ تَحرِّيًا للصِّحة، كما لو سَكَت عليه.

(ولو اختَلَفا) أي الْمُؤجِرُ والْمُستأجِرُ (في إباقِ العَبدِ ومَرَضِه) بأن قال الْمُستأجِرُ في آخِر الشَّهرِ: أبَق أو مَرِض في الْمُدّةِ، وكانَت الإجارةُ شَهرًا مثلًا، وأنكَر الْمَولى ذلك، أو أنكَر استِنادَه إلى أوَّل الْمُدّةِ، فقال: أصابَه قبلَ أن يَأتِيَني بساعةٍ (حُكِّم الحالُ) أي جُعِل الحالُ حَكَمًا بينهما، فيَكونُ

---

(١) في (ج): وله.

(٢) في (ج): أي لسيده.

(٣) في (ب) و(هـ): أخر.

والقولُ لربِّ الثَّوبِ في القَميص والقَباءِ، والحُمرة والصُّفرةِ، وفي الأَجر وعدَمِه.

القولُ قولَ من يَشهَدُ له الحالُ مع يَمينِه؛ لأن القولَ في الدَّعاوى قولُ من يَشهَدُ له الظَّاهِرُ.

(والقولُ لربِّ الثَّوبِ في القَميص والقَباءِ) فإن اختَلَف رَبُّ الثَّوبِ والصَّانِعُ[1] في الْمَخيط، فقال رَبُّ الثَّوبِ: أَمَرتُك أن تَعمَلَه قَباءً، وقال الخَيّاطُ: قَميصًا (و) كذا في (الحُمرة والصُّفرةِ) بأن قال صاحِبُ الثَّوبِ: أَمَرتُك أن تَصبُغَه أحمَرَ، فصَبَغتَه[2] أصفرَ، وقال الصَّبّاغُ: بل أَمَرتَني أصفرَ.

(و) كذا (في الأَجر وعدَمِه) بأن قال صاحِبُ الثَّوبِ: عَمِلتَه لي بغَير أجرٍ، وقال الصَّانِعُ[3]: بل بأجرٍ: فالقولُ في الكُلِّ قولُ الْمُستأجِرِ..

أما في الأَوَّلَين: فلأن الإذنَ يُستفادُ من جِهَته، فكان أعلَمَ بكَيفيّته، فيَكونُ القولُ قولَه مع يَمينِه، فإذا حَلَف يُضمَّنُ الخَيّاطُ والصَّبّاغُ.

ثم صاحِبُ الثَّوبِ مُخيَّرٌ، إن شاء ضَمَّنه قِيمةَ الثَّوبِ غيرَ مَعمولٍ، ولا أجرَ له، أو قِيمتَه مَعمولًا، وله أجرُ مِثلِه، ولا يُجاوَزُ به الْمُسمّى، وعن محمدٍ: أنه يَضمَنُ له ما زاد الصَّبغُ فيه؛ لأنه بمَنزِلة الغاصِبِ، وقال ابنُ أبِي لَيلى: القولُ قولُ الصَّبّاغِ.

---

(١) في (هـ): والصايغ.

(٢) في (ب) و(هـ): فصبغه.

(٣) في (هـ): الصباغ.

....

وأمّا في الثّالِث -وهو مَسألةُ الأُجرةِ-: فلأن الْمُستأجِرَ يُنكِرُ تَقوُّمَ عمَلِه ووُجوبَ الأجرِ عليه، والصّانِعُ يَدَّعيه، والقولُ قولُ الْمُنكِرِ، هذا عند أبي حنيفةَ، وعند أحمدَ والشّافعيّ: القولُ للصّانِع.

وقال أبو يوسف: إن كان هذا الصّانِعُ حَرِيفًا له -أي مُعامِلًا- فالقولُ قولُه؛ لأن عادتَه إذا سَبَقت له بالعَمَل بأُجرةٍ فالعادةُ كالْمَنطوق، وقال محمدٌ: إن كان مَعروفًا أنه يَعمَلُ تلك الصَّنعةَ بالأُجرة: فالقولُ قولُه بشَهادة الظّاهرِ لدَعواه، وبه يُفتى، واللهُ أعلم.

باب فسخ الإجارة

وتُفسَخُ بالعَيب، وخَرابِ الدّارِ، وانقِطاعِ ماءِ الضَّيعةِ والرَّحى.

هذا (باب) في بَيان أحكامِ (فسخِ الإجارةِ)

وهو نَقضُها.

(وتُفسَخُ) الإجارةُ (بالعَيب) بأن وَجَد بالدّار التي استأجَرها عَيبًا يَضُرُّ بالسُّكنى، فله الفَسخُ، كما في البَيع، فإن استَوفى الْمَنافِعَ فقد رَضِي بالعَيب، فسَقَط الخِيارُ، ويَلزَمُ جَميعُ الأُجرةِ، وهذا بالإجماع، فإن فَعَل الْمُؤجِرُ ما أَزال العَيبَ فلا خِيارَ للمُستأجِر؛ لزَوال الْمُوجِبِ للرَّدِّ قبلَ الفَسخِ.

(وخَرابِ الدّارِ) بالجرّ، أي تُفسَخُ الإجارةُ أيضًا بخَراب الدّارِ الْمُستأجَرةِ (وانقِطاعِ ماءِ الضَّيعةِ و) انقِطاعِ ماءِ (الرَّحى) أيضًا، أي تُفسخ الإجارةُ بهما.

وهذا يُشيرُ إلى أن الإجارةَ لا تَنفسِخُ بهذه الأشياءِ[1]، وقال بعضُهم:

(١) ولكن يثبُت له حقُّ الفسخ، وبه كان يُفتي شمسُ الأئمة السرخسي وشيخُ الإسلام، واستدل بما روى هشام عن محمد: أنه لو استأجر بيتًا فانهدم ثم بناه الآجر فليس للمستأجر أن يمتنع من القبض، ولا للآجر، فهذا دليل على أن العقد لم ينفسخ ولكنه يُفسخ، وهذا لأن المنفعة غير فائتة من كل وجه؛ إذ أصل الموضع يسكن بعد انهدام البناء، ويتأتى فيه السكنى بنصب فسطاط، وفي انقطاع الماء لو فاتت من كل وجه لكنها تحتمل العود، فأشبه إباق العبد، وذلك لا يوجب الانفساخ. قال: والذي ينفسخ بالانهدام يعود بالبناء، ومثله جائز، كما في الشاة المبيعة إذا =

....

تَنفسِخُ[(١)]؛ لفَوات الْمَقصودِ، والأوَّلُ أصحُّ[(٢)]؛ لأن الْمَنافِعَ فاتَت على وجهٍ يُتصوَّرُ عَودُها، وفي «الأصل»: إن الإجارةَ في الرَّحى لا تَنفسِخُ بانقِطاع الماءِ.

وعند[(٣)] محمدٍ: لو استَأجَر بَيتًا، فانهَدَم، فبَناهُ الْمُؤجِرُ، وأرادَ الْمُستأجِرُ أن يَسكُنَه في بَقِيَّة الْمُدّةِ: فليس له أن يَمنَعَه من ذلك، وكذا ليس للمُستأجِر أن يَمتنِعَ منه، وهذا صَريحٌ بأنه لا تَنفسِخُ، ولكنه يُفسَخُ، ولأن أصلَ الْمَوضِعِ مَسكَنٌ بعد انهِدامِ البِناءِ، وتَتأتّى فيه السُّكنى بنَصب الفُسطاطِ، فيَبقى العَقدُ، لكن لا أجرَ[(٤)] على الْمُستأجِر[(٥)].

= هلكت في يد البائع، ينفسخ العقد، ثم إذا دبغ جلدها يعود العقد بقدره، فكذا هذا، بخلاف السفينة إذا نُقضت وصارت ألواحًا ثم رُكّبت وأعيدت سفينةً، لم يجبر على تسليمها إلى المستأجر؛ لأن السفينة بعد النقض إذا أعيدت صارت سفينةً أخرى، ألا ترى أن من غصب ألواحًا وجعلها سفينةً ينقطع حق المالك، فأما عَرْصة الدار لا تتغير بالبناء عليها. اهـ كاكي. شلبي ٥/ ١٤٤.

(١) وهذا الذي ذكره هو اختيار القدوري، وإليه ذهب صاحب «التحفة»، وأبو نصر البغدادي في «شرحه» واختيار خواهر زاده وشمس الأئمة بخلاف ذلك. اهـ إتقاني رَحِمَهُ اللَّهُ. شلبي ٥/ ١٤٤.

(٢) قال الإتقاني: وفي إجارات شمس الأئمة: إذا انهدمت الدار كلها: فالصحيح أنه لا تنفسخ الإجارة، لكن تسقط الأجرة عنه، فسخ أو لم يفسخ. اهـ شلبي ٥/ ١٤٤.

(٣) في سوى (أ): وعن.

(٤) في (ب): الأجر. وانظر «التبيين» ٥/ ١٤٤.

(٥) لعدم التمكن من الانتفاع به على الوجه الذي قصده بالاستئجار. «التبيين» ٥/ ١٤٤.

وتَنفسِخُ بِمَوت أحدِ الْمُتعاقِدَين، إن عَقَدها لنَفسه[1]، وإن عَقَدها لغَيره: لا.

ولو انقَطَع ماءُ الرَّحى والبَيتُ مما يُنتفَعُ به لغَير الطَّحنِ: فعليه من الأُجرة بحِصّته؛ لأنه بَقِي شيءٌ من الْمَعقود عليه، فإذا استَوفاه لَزِمته حِصّتُه.

(وتَنفسِخُ) الإجارةُ (بِمَوت أحدِ الْمُتعاقِدَين) إما الْمُؤجِرِ أو الْمُستأجِرِ، وقال الشّافعيُّ: لا تَبطُلُ بمَوت أحَدِهما ولا بمَوتهما، كالبَيع[2]، وبه قال مالِكٌ وأحمدُ.

ولنا: أن الْمَنافِعَ والأُجرةَ صارَت مِلكًا للوَرَثة، والعَقدُ السّابِقُ لم يُوجَد منهم، فيَنتقِضُ.

وقَيَّد بقَوله: (إن عَقَدها) أي إن عَقَد الإجارةَ أحدُ الْمُتعاقِدَين (لنَفسه) احتِرازًا عن الوَكيل، والوصيِّ، ومُتولِّي الوَقفِ[3]؛ فإنها لا تَنفسِخُ بمَوتهم بالإِجماع.

(وإن عَقَدها) أي الإجارةَ أحدُ الْمُتعاقِدَين (لغَيره) بأن كان وَكيلًا أو وصيًّا كما ذَكَرنا (لا) تَنفسِخُ الإجارةُ بمَوته، ولو مات أحدُ الْمُستأجِرين

---

(1) في متن «الكنز» من «التبيين» ٥/ ١٤٥: بعد قوله لنفسه: (كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف)، وفي نسخة «الرمز» من كلام الشارح.

(2) لأن المنافع عنده كالأعيان القائمة، فكما لا تبطل في العين لا تبطل فيها. «التبيين» ٥/ ١٤٤.

(3) في متن «الكنز» من «التبيين» ٥/ ١٤٥: بعد قوله لنفسه: (كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف)، وهي هنا من كلام الشارح.

وتُفسَخُ بخِيار الشَّرطِ، والرُّؤيةِ، وبالعُذرِ، وهو: عَجزُ العاقِدَين عن الْمُضِيِّ في مُوجَبه إلا بتَحمُّل ضرَرٍ زائِدٍ لم يُستحَقَّ به.

أو أحدُ الْمُؤجِرين: بَطَلت[1] الإجارةُ في نَصيبه، وبَقِيت في نَصيب الحيِّ، وقال زفرُ: تَبطُلُ في نَصيب الحَيِّ أيضًا.

(وتُفسَخُ) الإجارةُ (بخِيار الشَّرطِ) مثلًا: إذا شَرَط أحَدُهما الخِيارَ لنَفسه ثَلاثةَ أيّامٍ يَجوزُ، وله الفسخُ، وقال الشّافعيُّ: لا يَجوزُ اشتِراطُ الخِيارِ فيها، وهذا مَبنِيٌّ على أن إضافةَ الإجارةِ إلى الزَّمان الْمُستقبَلِ -كما إذا أضافها إلى شَهر رَمَضانَ وهو في شَعبانَ-: تَجوزُ عندنا، فيَصِحُّ اشتِراطُ الخِيارِ، ولا تَجوزُ عنده، فلا يَصِحُّ الخِيارُ.

(و) كذا يُفسَخُ بخِيار (الرُّؤيةِ) وقال الشّافعيُّ: لا يَجوزُ استِئجارُ ما لم يَرَه؛ للجَهالة، قُلنا: الجَهالةُ إنما تَمنَعُ الجَوازَ إذا كانَت تُفضِي إلى الْمُنازَعة، وهذه لا تُفضِي؛ لأنه إذا لم يُوافِقه يَرُدُّه، ثم إذا رَآه يَثبُتُ[2] له خِيارُ الرُّؤيةِ، فيَتمكَّنُ من الفَسخ.

(و) تُفسَخُ أيضًا (بـ) تَحقُّق (العُذرِ، وهو) أي العُذرُ (عَجزُ العاقِدَين[3] عن الْمُضِيِّ في مُوجَبه) أي مُوجَبِ العَقدِ، وهو حُكمُه (إلا بتَحمُّل ضرَرٍ زائِدٍ لم يُستحَقَّ) الْمُستأجَرُ لذلك (به) أي بالعَقد، ومَثَّل لذلك بقَوله:

---

(١) في (د): فطلب.
(٢) في (ب) و(د): بقيت له، وفي (ج): بقي له، وفي (هـ): ثبت له.
(٣) في سوى (أ): العاقد.

كمن استَأجَر رجلًا ليَقلَعَ ضِرسَه، فسَكَن الوَجَعُ، أو ليَطبُخَ له طَعامَ الوَليمةِ فاختَلَعت منه، أو حانُوتًا ليَتَّجِرَ فيه فأَفلَس، أو آجَر ولَزِمه دَينٌ بعِيانٍ أو ببَيانٍ أو بإقرارٍ، ولا مالَ له سِواه، أو استَأجَر دابّةً للسَّفَر فبَدا له منه، ....

(كمن استَأجَر رجلًا ليَقلَعَ ضِرسَه، فسَكَن الوَجَعُ) واستَغنى عن القَلع (أو) استَأجَر رجلًا (ليَطبُخَ له طَعامَ الوَليمةِ) وهو طَعامُ العُرسِ (فاختَلَعت) الْمَرأةُ (منه) أي من الرَّجُل الذي هو الزَّوجُ، فبَطَلت الوَليمةُ، أو ماتَت الْمَرأةُ قبلَ الزِّفافِ.

(أو) استَأجَر (حانُوتًا ليَتَّجِرَ فيه) بالبَيع والشِّراءِ (فأَفلَس) أي افتَقَر (أو آجَر) حانُوتَه أو بَيتَه أو نحوَهما (ولَزِمه دَينٌ بعِيانٍ) أي بمُشاهَدةِ من النّاس (أو ببَيانٍ) أي أو بإقامة بَيِّنةٍ عليه (أو بإقرارٍ) منه.

وأشار بهذا إلى أنه لا فَرقَ في ثُبوت الدَّينِ بين هذه الأشياءِ؛ إذ بالكُلِّ يَلحَقُه الضَّرَرُ؛ لأنه يُحبَسُ به فيَتضرَّرُ..

(و) الحالُ أنه (لا مالَ له سِواه) أي سِوى الحانُوتِ، قَيَّد به: لأنه لو كان له مالٌ غيرُه لا تنفسِخُ[1] الإجارةُ.

(أو استَأجَر دابّةً للسَّفَر) أي ليُسافِرَ عليها (فبَدا له) أي ظَهَر له ما يُوجِبُ المنعَ (منه) أي من السَّفَر، فهذه الأشياءُ كلُّها عُذرٌ، فتُفسَخُ بها الإجارةُ، وقال الشّافعيُّ: لا تُفسَخُ بالأعذار إلا بالعَيب؛ لأن الْمَنافِعَ عنده بمَنزِلة

(١) في سوى (أ) و(هـ): لا تُفسخ.

لا للمُكارِي.

الأعيانِ، فيَكونُ كالبَيع حَقيقةً.

وعندنا: هي عَقدٌ على الْمَنفَعة بعِوَضٍ، وإنها[1] تَنعقِدُ ساعةً فساعةً على حَسَب الحُدوثِ، فصار العُذرُ فيها كالعَيب قبلَ القبضِ في البَيع فيُفسَخُ به.

ومَذهَبُ شُرَيحٍ أن الإجارةَ غيرُ لازِمةٍ، ولكُلٌ واحِدٍ منهما فسخُه، ثم قال في «الجامِع الصَّغيرِ»: كُلُّ ما ذَكَرنا أنه عُذرٌ فإن الإجارةَ فيه تَنتقِضُ، وهذا يُشيرُ إلى أنه لا يُحتاجُ فيه إلى قَضاء القاضِي.

وفي «الزِّيادات»: أن الأمرَ يُرفَعُ إلى الحاكِم فيَفسَخُ[2] الإجارةَ، كالرُّجوع في الهِبة، قال السَّرَخسِيُّ: هذا هو الأصحُّ، ومنهم مَن فَرَّق فقال: إن كان العُذرُ ظاهِرًا انفسخ[3]، وإلا فَسَخه الحاكِمُ، قال قاضِي خانَ والْمَحبُوبِيُّ: هو الأصحُّ.

(لا) يَعني: ليس بُعذرٍ إذا بَدا ما يُوجِبُ المنعَ من السَّفَر (للمُكارِي) لأنه لا يَلزَمُه ضَرَرٌ؛ لأنه يُمكِنُه أن يَعقِدَ ويَبعَثَ على يَد تِلميذِه أو أجيرِه، بخِلافِ الْمُكتَري؛ لأنه يَلزَمُه مَشَقّةٌ وضَرَرٌ، وربما يَفوتُ ما يُسافِرُ لأجله، كالحجِّ وطَلَبِ الغَريمِ.

---

(١) في (أ): وإنما.
(٢) في سوى (أ) و(د): ليفسخ.
(٣) في سوى (أ): لا ينفسخ. وانظر «الهداية والبناية» ١٠/ ٣٤٩، و«التبيين» ٥/ ١٤٦.

وكذا مَرَضُ الْمُكارِي ليس بعُذرٍ، وعن الكَرْخيّ: أنه عُذرٌ؛ لأنه لا يَعرى عن ضَرَرٍ؛ لأن غيرَه لا يُشفِقُ على دابّته مِثلَه، وهو لا يُمكِنُه الخُروجُ.

﴿ [مسائل منثورة في الإجارة] ﴾

ولو أَحرَق حَصائِدَ أرضٍ مُستأجَرةٍ أو مُستَعارةٍ، فاحتَرَق شيءٌ في أرض غيرِه: لم يَضمَن.

[مسائل منثورة في الإجارة[1]]

(ولو أحرَق) المُستأجِرُ (حَصائِدَ أرضٍ مُستأجَرةٍ) وهي جَمعُ حَصيدةٍ، وهي ما يُحصَدُ من الزَّرعِ والنَّبتِ (أو) أحرَق المُستَعيرُ حَصائِدَ أرضٍ (مُستَعارةٍ، فاحتَرَق) بسَبَبه (شيءٌ في أرض غيرِه: لم يَضمَن) لأن هذا تَسبُّبٌ، وشرطُ الضَّمانِ التَّعدِّي، ولم يُوجَد، فصار كحَفر بِئرٍ في مِلك نفسِه، فتَلِف به إنسانٌ، بخِلاف ما إذا رَمى سَهمًا في مِلكه، فأصاب إنسانًا؛ حيث يَضمَنُ؛ لأنه مُباشِرٌ، فلا يُشترَطُ فيه التَّعدِّي.

قال السَّرَخسِيُّ: هذا إذا كانَت الرِّياحُ هادِئةً حين أوقَد النّارَ ثم تَحرَّكت؛ لأنه لا صُنعَ له فيها، وأما إذا كانَت الرِّياحُ مُضطرِبةً: يَنبَغي أن يَضمَنَ.

وفي التُّمُرتاشيِّ: لو وَضَع جَمرةً في الطَّريق فأحرَقت شيئًا: ضَمِن؛ لأنه مُتَعَدٍّ بالوَضع، ولو رَفَعته الرِّيحُ إلى شيءٍ فأحرَقَته: لا يَضمَنُ؛ لأن الرِّيحَ نَسَخت فِعلَه.

---

(١) هكذا ورد تبويبها في «مجمع الأنهر» ٢/ ٤٠٢ وغيره.

وإن أَقعَد خَيّاطٌ أو صَبّاغٌ في حانُوته مَن يَطرَحُ عليه العمَلَ بالنِّصف: صحَّ.

ولو أخرَج الحَدّادُ الحَديدَ من الكِير في دُكّانه، فوَضَعه على العَلاةِ[1]، وضَرَبه بمِطرَقةٍ، وخَرَج شَرارُ النّارِ إلى طَريق العامّةِ وأحرَق شيئًا: ضَمِن، ولو لم يَضرِبه، ولكن أَخرَج الرِّيحُ شيئًا فأحرَقَ شيئًا: لم يَضمَن.

(**وإن أَقعَد خَيّاطٌ أو صَبّاغٌ في حانُوته مَن يَطرَحُ عليه العمَلَ بالنِّصف: صحَّ**) هذا الفِعلُ؛ لأن هذه شِرْكةُ الصَّنائعِ، وتَفسيرُها: أن يَكونَ العمَلُ عليهما، وإن كان أحَدُهما[2] يَتَولّى العمَلَ بحَذاقته، والآخَرُ يَتَولّى القَبولَ بوَجاهَته.

وقال صاحِبُ «الهِدايةِ»: هذه شِرْكةُ الوُجوه، وفيه نَظَرٌ؛ لأن شِرْكةَ الوُجوهِ أن يَشترِكا على أن يَشترِيا بوُجوههما ويَبيعا، وليس بشيءٍ في[3] هذه بَيعٌ ولا شِراءٌ، فكيف يُتصوَّرُ أن يَكونَ شِرْكةَ الوُجوهِ[4]؟

---

(1) العَلاة: السَّنْدان، حجرًا كان أو حديدًا، والجمع: العلا، وقيل: هي الزُّبرة التي يَضرب عليها الحداد الحديد. «تاج العروس» ٣٩/ ٨٧ باختصار.

(2) في (أ) و(هـ): وأن أحدهما. وانظر «التبيين» ٥/ ١٤٧..

(3) في (أ): وليس في هذه، وفي (ج) و(د): وليس شيء.

(4) قال شيخي زاده في «مجمع الأنهر» ٢/ ٤٠٢ متعقبًا قول المصنف هنا: يمكن التوفيق بأن مراد صاحب «الهداية» بشركة الوجوه ليس ما هو المصطلح عليه المارُّ في كتاب الشَّركة، بل مراده بها ههنا ما وقع فيه تقبُّلُ العمل بالوجاهة، يرشدك إليه قوله: هذا بوجاهته يَقبل، وهذا بحذاقته يَعمل، ويمكن بوجه آخر: أنه أطلق عليه شركة الوجوه تغليبًا لجهة الوجاهة على جهة العمل؛ لكونها سببًا، تأمل. انتهى.

وإن استأجَر جَمَلًا ليَحمِلَ عليه مَحمِلًا وراكِبَين إلى مَكّةَ: صحَّ، وله الْمَحمِلُ الْمُعتادُ، ورُؤيتُه أحَبُّ.
ولِمِقدارِ زادٍ فأَكَل منه: رَدَّ عِوَضَه.
وتَصِحُّ الإجارةُ، وفسخُها، ....

(**وإن استأجَر جَمَلًا ليَحمِلَ عليه مَحمِلًا**) بفَتح الميمِ الأُولى وكسرِ الثّانيةِ، وبالعَكسِ أيضًا، وهو الهَودَجُ الكَبيرُ الحَجّاجيُّ، كذا في «الْمُغرِب» (**وراكِبَين**) يَقعُدان فيه (**إلى مَكّةَ: صحَّ**) استِحسانًا؛ لأن الْمَقصودَ هو الرّاكِبُ، وهو مَعلومٌ، والْمَحمِلُ تابعٌ، وما فيه من الجَهالة يَزولُ بالصَّرف إلى الْمُعتادِ، فلذلك قال:

(**وله**) أي للمُستأجِر (**الْمَحمِلُ الْمُعتادُ**) بين النّاسِ، والقِياسُ أن لا يَجوزَ؛ لجَهالته، وبه قال الشّافعيُّ.

(**ورُؤيتُه**) أي رُؤيةُ صاحِبِ الجَمَلِ الْمَحمِلَ (**أحَبُّ**) لأنه أقرَبُ لحُصول الرِّضا، وعند أحمدَ: لا يَصِحُّ بغَير الْمُشاهَدةِ.

(**و**) إن استأجَر جملًا (**لِمِقدارِ زادٍ**) أي لحَمل مِقدارِ زادٍ مُعيَّنٍ (**فأكَل منه**) أي من الزّاد في الطَّريق (**رَدَّ عِوَضَه**) أي عِوَضَ ما أكَل؛ لأن الْمُستحَقَّ عليه حِملٌ مَعلومٌ في جَميع الطَّريقِ، فله استيفاؤُه.

وعند الشّافعيِّ في الأظهَر: لا يَرُدُّه، ولو شَرَط ردَّه صحَّ بالإجماع، ولو شَرَط عدَمَه لا يَصِحُّ بالإجماع.

(**وتَصِحُّ الإجارةُ وفسخُها**) أي فسخُ الإجارةِ مُضافًا إلى الزَّمان

والْمُزارَعةُ، والْمُعامَلةُ، والْمُضارَبةُ، والوَكالةُ، والكَفالةُ، والإيصاءُ، والقَضاءُ، ....

الْمُستقبَلِ، كما إذا أَضافها إلى رَمَضانَ وهو في شَعبانَ، وكذلك إذا أضاف الفسخَ إلى زَمانٍ مُستقبَلٍ، وعند الشّافعيّ: لا يَجوزُ، وقد ذَكَرناه.

(و) تَصِحُّ (الْمُزارَعةُ) أيضًا بالإضافة إلى الْمُستقبَل، كما إذا قال وهو في شَعبانَ: زارَعتُك أرضِي من أوَّل رَمَضانَ.

(و) كذا (الْمُعامَلةُ) وهي الْمُساقاةُ، بأن قال: ساقَيتُك بُستاني من أوَّل رَمَضانَ، وهو في شَعبانَ.

(و) كذا (الْمُضارَبةُ[1]، والوَكالةُ[2]، والكَفالةُ[3]، والإيصاءُ) بأن قال: جَعَلتُ فُلانًا وصيِّي بعد مَوتي؛ إذ الإيصاءُ[4] لا يُتصوَّرُ في الحال إلا إذا جُعِل مَجازًا عن الوَكالة.

(و) كذا (القَضاءُ) بأن قال الإمامُ: إذا جاء رأسُ الشَّهرِ فأنت قاضٍ

(١) كما إذا دفع عَشَرة دراهم إلى فلان، وقال بعدما صارت بالعشرة عشرين: اعمل به مضاربة بالنصف، فإنه لم يصر مضاربًا إلا عند صيرورتها عشرين درهمًا. «مجمع الأنهر» ٢/ ٤٠٤.

(٢) كما إذا قال: بع عبدي غدًا، فإنه يصير وكيلًا، لا يصح تصرفه إلا بعد الغد، واختلف في العزل قبله، وصح الرجوع إجماعًا بشرط علم الوكيل؛ لأنهما من باب الإطلاق كالطلاق والعتق والوقف. «مجمع الأنهر» ٢/ ٤٠٤.

(٣) بأن قال: ما ثبت لك على فلان فعلي؛ لأنها التزام المال ابتداء، فتجوز إضافتها. «مجمع الأنهر» ٢/ ٤٠٤.

(٤) في (ج) و(د): الإمضاء.

والإمارةُ، والطَّلاقُ، والعَتاقُ، والوقفُ: مُضافًا.

لا البَيعُ، وإجازتُه، وفسخُه، والقِسمةُ، والشَّرْكةُ، والهِبةُ، والنِّكاحُ، والرَّجعةُ، والصُّلحُ عن مالٍ، وإبراءُ الدَّينِ.

ببَلدةٍ فُلانيّةٍ.

(و) كذا (الإمارةُ) بأن قال: إذا جاء رَأسُ الشَّهرِ فأنت أميرٌ ببَلدةٍ فُلانيّةٍ.

(و) كذا (الطَّلاقُ) بأن قال لامرَأته: إذا جاء رأسُ الشَّهرِ فأنتِ طالِقٌ: لا تَطلُقُ حتى يَجيءَ رأس الشَّهرُ.

(و) كذا (العَتاقُ[1]) بأن قال لعَبده: إذا جاء رَأسُ الشَّهرِ فأنت حُرٌّ.

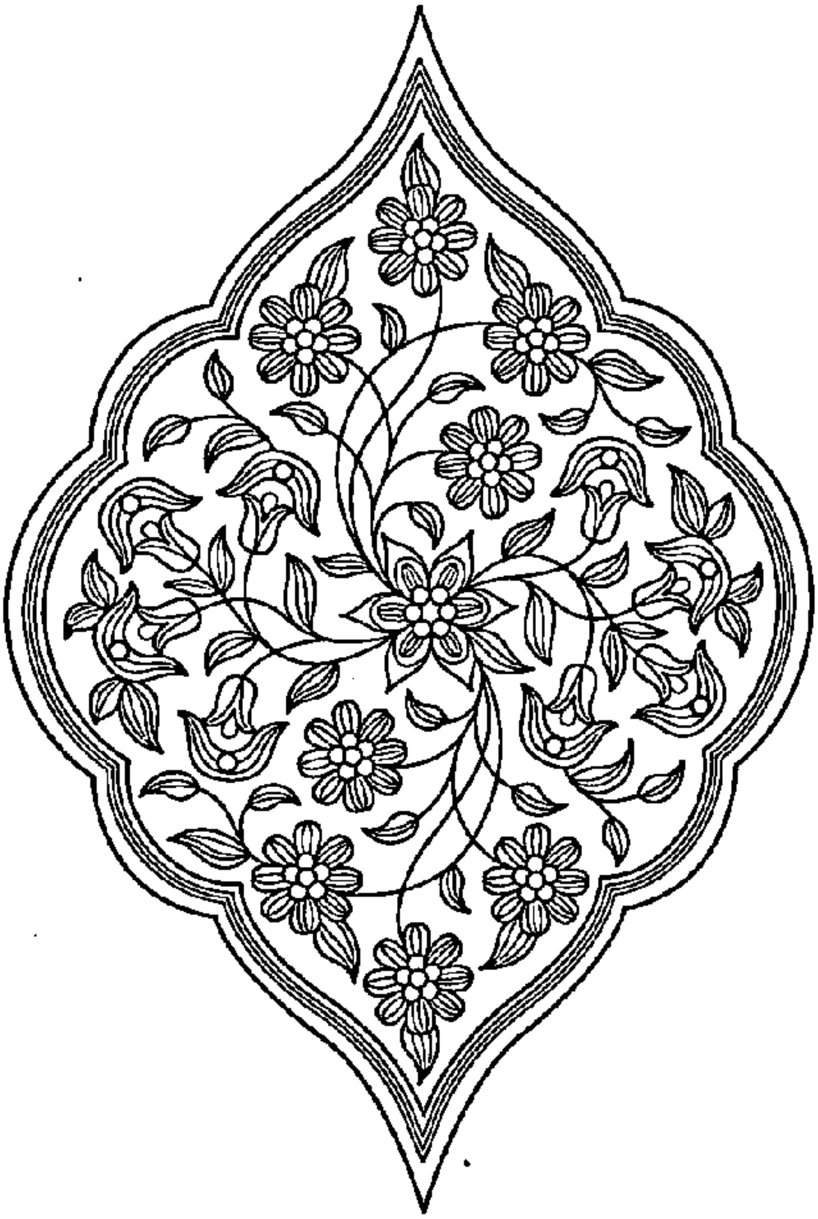
(و) كذا (الوقفُ) بأن قال: دارِي هذه وقفٌ بعد مَوتي..

وقولُه: (مُضافًا) نَصبٌ على الحال، وهو قَيدٌ للمَذكورات كُلِّها، وتَقديرُ الكَلامِ: ويَصِحُّ كُلُّ واحِدٍ من الإجارة وفسخِها والْمُزارَعةِ والْمُعامَلةِ... إلى آخِره: حالَ كونِه مُضافًا إلى الزَّمان الْمُستقبَلِ، فعن[2] هذا: عَرَفتَ أن ذا الحالِ مَحذوفٌ، وهو الذي قَدَّرناه.

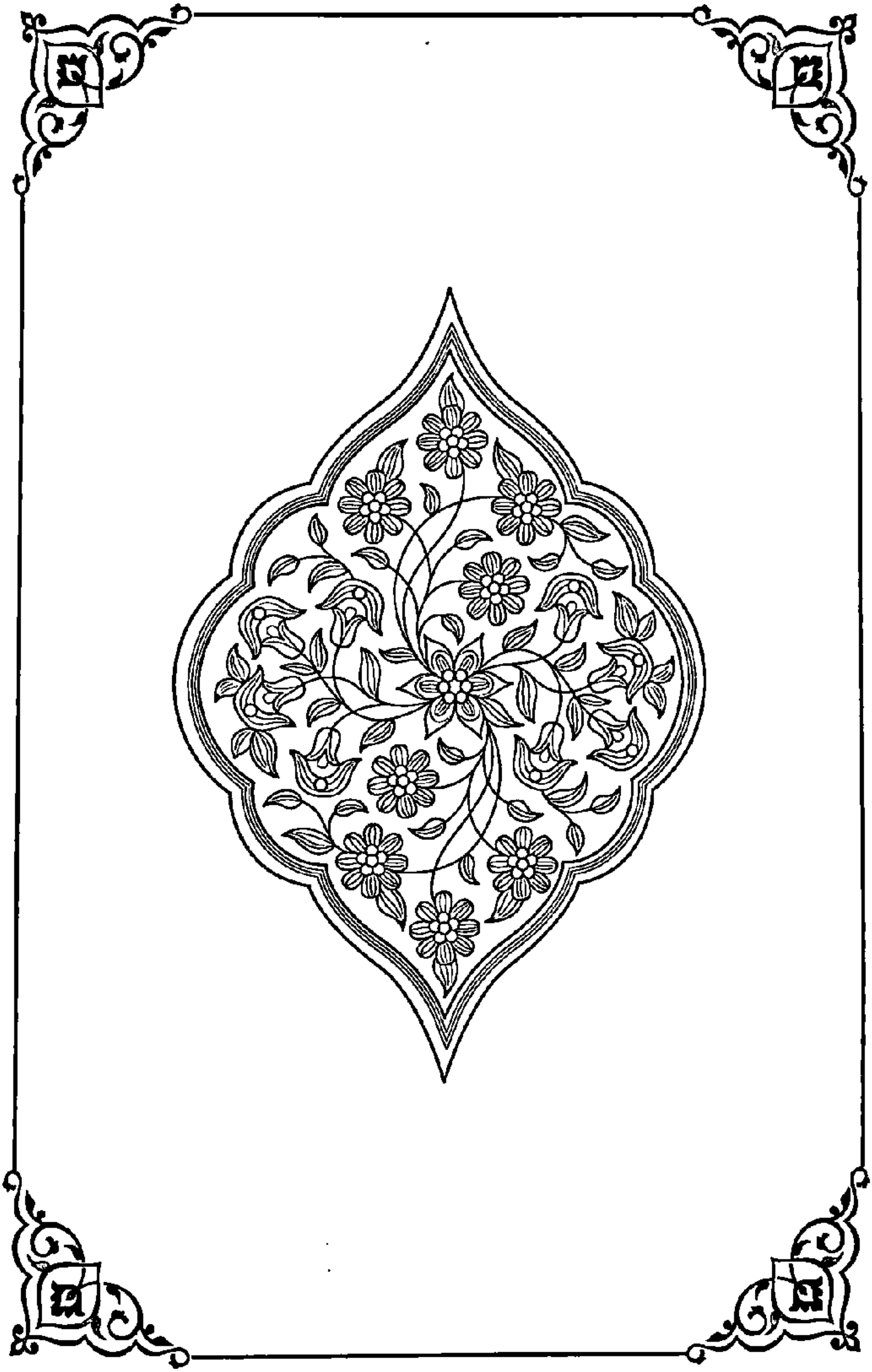
(لا) يَصِحُّ كُلُّ واحِدٍ من (البَيعِ، وإجازتِه، وفسخِه، والقِسمةِ، والشَّرْكةِ، والهِبةِ، والنِّكاحِ، والرَّجعةِ، والصُّلحِ عن مالٍ، وإبراءِ الدَّينِ) حالَ كونِه مُضافًا إلى الزَّمان الْمُستقبَلِ؛ لأن هذه الأشياءَ تَمليكٌ، وقد أمكَن تَنجيزُها للحال، فلا حاجةَ إلى الإضافة، والله أعلمُ.

---

(١) في (ح): العتق. (٢) في (ج): معنى هذا.



كتاب المكاتب



كِتاب الْمُكاتَبِ

الكِتابةُ: تَحرِيرُ الْمَملُوكِ يدًا في الحال، ورَقَبةً ....

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (الْمُكاتَبِ)

هو مَفعولٌ، مِن كاتَبَ يُكاتِبُ مُكاتَبةً، والْمَولى مُكاتِبٌ بكَسر التّاءِ، وأصلُه من الكَتْب، وهو الجَمعُ، ومنه: كَتَبتُ القِرْبةَ: إذا خَرَزتُها[1]، والكَتيبةُ: هي الطّائِفةُ الْمُجتمِعةُ من الجَيش، والكِتابُ: لأنه يَجمَعُ الأبوابَ والفُصولَ، والكِتابةُ: لأنها تَجمَعُ الحُروفَ.

وسُمِّيَ هذا العَقدُ كِتابةً ومُكاتَبةً: لأن فيه ضَمَّ حُرِّيّةِ اليدِ إلى حُرِّيّة الرَّقَبةِ، أو لأن فيه جَمعًا بين نَجمَين[2] فصاعِدًا، أو لأن كُلًّا منهما يَكتُبُ الوَثيقةَ، وهو أظهَرُ.

(الكِتابةُ) في اللُّغة: مَصدَرُ كَتَبَ، وقد ذَكَرنا مَعناه، وفي الشَّرع: هي (تَحريرُ الْمَملُوكِ يدًا) أي من جِهة اليدِ (في الحال، ورَقَبةً) أي من جِهة

---

(١) في (ب): حرزتها.

(٢) قال في «المصباح» ٢/ ٥٩٤: كانت العرب تؤقت بطلوع النجوم؛ لأنهم ما كانوا يعرفون الحساب، وإنما يحفظون أوقات السنة بالأنواء، وكانوا يُسَمون الوقت الذي يحُل فيه الأداءُ نجمًا تجوُّزًا؛ لأن الأداء لا يعرف إلا بالنجم، ثم توسعوا حتى سمَّوا الوظيفة نجمًا؛ لوقوعها في الأصل في الوقت الذي يطلع فيه النجم، واشتقوا منه فقالوا: نَجَّمت الدَّين بالتثقيل.. إذا جعلته نجومًا، قال ابن فارس: النجم وظيفة كل شيء، وكل وظيفة نجم.

في الْمَآل.

كاتَبَ مَملوكَه، ولو صَغيرًا يَعقِلُ، بمالٍ حالٍّ أو مُوَجَّلٍ أو مُنَجَّمٍ، وقَبِل: صحَّ.

الرَّقَبةِ (في الْمَآل) أي في الْمُستقبَل؛ لأن الْمُكاتَبَ لا تَتحَرَّرُ رَقَبتُه إلا إذا أدّى بَدَلَ الكِتابةِ.

وأما في الحال: فهو حُرٌّ من جِهة اليدِ فقط، حتى يَكونُ أحَقَّ بكَسبه، ويَجِبُ على الْمَولى الضَّمانُ بالجِناية عليه أو على ماله، ولهذا قِيل: الْمُكاتَبُ طارَ عن ذُلِّ العُبوديةِ، ولم يَنزِل في ساحة الحُرِّيَّةِ، فصار كالنَّعامة، إن استُطِير تَباعَر(١)، وإن استُحمِل تَطايَر.

(كاتَبَ) رجلٌ (مَملوكَه ولو) كان (صَغيرًا يَعقِلُ بمالٍ حالٍّ) يَعني: نَقدٍ كُلُّه (أو مُوَجَّلٍ) كُلُّه إلى شهرٍ أو إلى سَنةٍ مثلًا (أو مُنَجَّمٍ) من التَّنجيم، وهو أن يُقَسِّطَ المالَ على أشهرٍ، بأن يَقولَ: كاتَبتُك على ألف دِرهَمٍ إلى سَنةٍ على أن تُعطِيَني كُلَّ شَهرٍ كذا (وقَبِل) العبدُ ذلك (صحَّ) أي عَقدُ الكِتابةِ.

أما نفسُ الكِتابةِ: فلقَوله تَعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] الآيةَ، وهي مُطْلَقةٌ، فيَتناوَلُ جَميعَ ما ذَكَرنا من الحالِّ والْمُوَجَّلِ، والْمُنَجَّمِ، والصَّغيرِ والكَبيرِ، وكُلِّ مَن يَتأتّى منه الطَّلَبُ.

---

(١) التباعر: مباعرة الناقة حالبها، وربما ألقت هذا البعر إلى المحلب. وانظر «القاموس» ٣٥٢/١.

....

وقال الشّافعيُّ: لا تَجوزُ كِتابةُ الصَّغيرِ، والخِلافُ مَبنيٌّ على مَسألة إذنِ الصَّبيِّ للتِّجارة، وبقَوله قال أحمدُ.

وإنما شَرَطنا العقلَ: لأنه إذا لم يَعقِل العَقدَ لم يكن من أهل القَبولِ، والعَقدُ مُتوقِّفٌ عليه، وأثبَت الخِلافَ في «الْمَنظومة» فيما إذا كان العبدُ صَغيرًا وكاتَبَه؛ حيث قال: (لو كاتَبَ العَبدَ الصَّغيرَ يُهدَرُ).

وقال في «الحَقائِق»: كاتَبَ عَبدًا له صَغيرًا يَجوزُ عندنا، ويَكونُ بمَنزِلة الكَبيرِ في جَميع الأحكامِ، خِلافًا للشّافعيِّ، ورأيتُ في «العُمدة» في تَقرير مَذهَبِنا: ثم إن كان لا يَعقِلُ يُقبَلُ عنه بنَفسه، وإن كان يَعقِلُ يَأمُرُه بقَبوله..

فصار خِلافُ الشّافعيِّ[1] في الْمَوضِعَين، الأوَّلُ: أن يُكاتِبَ عبدَه الصَّغيرَ: لا يَجوزُ، والثّاني: أن يَكونَ الْمُكاتَبُ صَغيرًا: لا يَجوزُ وإن كان مُمَيِّزًا، سواءٌ أذِن له وَلِيُّه أم لا، فعلى هذا: قولُ الشَّيخ: (ولو صَغيرًا) يَحتمِلُ الوَجهَين، أي: ولو كان العبدُ صَغيرًا، أو ولو كان الْمَولى صَغيرًا.

وكذا لا يَجوزُ عند الشّافعيِّ الكِتابةُ الحالّةُ؛ لعَجزه عن بَدَلها، وبه قال مالِكٌ وأحمدُ، ولنا: إطلاقُ ما تَلَونا.

---

(١) في (أ): خلافًا للشافعي.

....

وأما اشتِراطُ قَبولِ العبدِ: فلأنه مالٌ يَلزَمُه، فلا بُدَّ من التِزامه، وذلك بالقَبول، فلا يَعتِقُ إلا بأداء جَميعِ البدَلِ؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْمُكاتَبُ عبدٌ ما بَقِي عليه دِرهَمٌ[1]»، رَواه أبُو داوُدَ[2].

واختَلَفت الصَّحابةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فيه:

فمَذهَبُ عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أنه يَعتِقُ بقَدْر ما أدّى[3]؛ اعتِبارًا للجُزء بالكُلِّ.

ومَذهَبُ ابنِ مَسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أنه يَعتِقُ إذا أدّى قَدْرَ قِيمتِه؛ لأنه يَقومُ مَقامَه، ويَندفِعُ به الضَّرَرُ عن الْمَولى، والباقِي دَينٌ في ذِمّته[4].

ومَذهَبُ ابنِ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أنه يَعتِقُ بنَفس العَقدِ[5]، ويَكونُ البَدَلُ دَينًا في ذِمّته[6].

---

(١) في سوى (أ): ما بَقِي عليه من مُكاتَبته دِرهَمٌ، وفي (هـ): من كتابته.
(٢) (٣٩٢٦)، ورواه الإمام مالك في «الموطأ» ٢/ ٧٨٧ موقوفًا على ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا
(٣) رواه عبد الرزاق (١٥٧٣٤)، وابن أبي شيبة (٢٠٥٨٤)، وفيه حديث مرفوع رواه النسائي (٤٨١١) عن ابن عباس عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «المكاتب يعتق بقدر ما أدى، ويقام عليه الحد بقدر ما عتق منه، ويرث بقدر ما عتق منه».
(٤) روى عبد الرزاق (١٥٧٣٧) وابن أبي شيبة (٢٠٥٧٥) -عن ابن مسعود فقط- أن ابن مسعود وشريحًا كانا يقولان: إذا أدى الثلث فهو غريم.
وروى ابن أبي شيبة (٢٠٥٧٤) قال عبد الله: إذا أدى المكاتب من رقبته فلا رد عليه في الرق.
(٥) كأنه جعل الكتابة واردة على الذمة كالعتق. «التبيين» ٥/ ١٥١.
(٦) روى عبد الرزاق (١٥٧١٨) عن ابن عباس قال: إذا بقي على المكاتب خمس أواق، أو خمس ذود، أو خمس أوسق: فهو غريم.

....

ومَذهَبُ زَيدِ بنِ ثابِتٍ رَضِيَٱللَّهُعَنهُ: أنه لا يَعتِقُ منه شيءٌ حتى يُؤدِّيَ الكُلَّ[1]، وبه أَخَذ عُلَماءُ الأمصارِ؛ لما رَوَينا.

ويَعتِقُ بأداء البدَلِ وإن لم يَقُل المَولى: إذا أدَّيتَ إليَّ فأنت حُرٌّ، وقال الشّافعيُّ: لا يَعتِقُ إلا إذا قال له ذلك[2].

ولا يَجِبُ عليه حَطُّ شيءٍ من بَدَل الكِتابةِ، وقال الشّافعيُّ: يَجِبُ عليه حَطُّ رُبُعِ البدَلِ، وهو قولُ عُثمانَ رَضِيَٱللَّهُعَنهُ[3]؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣]، أمرٌ، وهو للوُجوب.

قُلنا: الأمرُ للنَّدب؛ بدَليل ما تَقدَّم من الكِتابة، فإنه للنَّدب، فكذا هذا.

---

(١) رواه الإمام أبو يوسف في «الآثار» (٨٦٢)، والإمام الشّافعي (٢٢٧) بترتيب السندي، وعبد الرزاق (١٥٧٢١)، والبيهقي (٢١٦٤١).

(٢) لأن الكتابة ليس فيها إلا ضرب المال على عبده منجّمًا، وذلك لا يوجب العتق عند الأداء، فلا بد من تعليق العتق بالأداء، ليقع العتق عنده، قلنا: موجب الكتابة هو العتق عند الأداء؛ لأنها تنبئ عن الجمع، وهو الجمع لحرية اليد إلى حرية الرقبة عند الأداء. «التبيين» ٥/ ١٥١.

(٣) رواه عبد الرزاق (١٥٥٨٩)، والنسائي في «الكبرى» (٥٠١٧) والدارقطني في «الأوسط» (٣٠٠١) والحاكم (٣٥٠١) عن علي رَضِيَٱللَّهُعَنهُ مرفوعًا، ورواه عبد الرزاق (١٥٥٩٠) والنسائي ثمة (٥٠١٩) والبيهقي (٢١٦٦٨) موقوفًا عنه، وقال البيهقي: هذا هو الصحيح موقوفًا، وقال ابن كثير في «تفسيره» ٦/ ٥٤: هذا حديث غريب، ورفعه منكر، والأشبه أنه موقوف على علي رَضِيَٱللَّهُعَنهُ، كما رواه عنه أبو عبد الرحمن السلمي رَحِمَهُٱللَّهُ.

وكذا إن قال: جَعَلتُ عليك ألفًا تُؤدِّيه نُجومًا، أوَّلُ النَّجمِ كذا وآخِرُه كذا، فإذا أدَّيتَه فأنت حُرٌّ، وإلا فقِنٌّ.

فيَخرُجُ من يَده دون مِلكِه.

وغَرِم إن وَطِئ مُكاتَبَته، ....

(**وكذا**) يَصِحُّ عَقدُ الكِتابةِ (**إن قال**) الْمَولى: (**جَعَلتُ عليك ألفًا تُؤدِّيه**) أداءً (**نُجومًا**) أي مُتفرِّقًا على أنجُمٍ (**أوَّلُ النَّجمِ كذا**) من الدَّراهِم (**وآخِرُه كذا**) منها (**فإذا أدَّيتَه**) أي الألفَ (**فأنت حُرٌّ، وإلا**) أي وإن لم تُؤدِّه (**فقِنٌّ**) أي فأنت قِنٌّ على حالِك، هذا استِحسانٌ، والقِياسُ أن لا يَجوزَ؛ لأن فيه تَعليقَ العَتقِ بأداء المالِ، وهو لا يُوجِبُ الكِتابةَ، وجهُ الاستِحسانِ: أن العِبرةَ للمَعاني، وقد أتى بمَعنى الكِتابةِ مُفسَّرًا، فيَنعَقِدُ به.

وقولُه: (**إذا أدَّيتَه فأنت حُرٌّ**) لا بُدَّ منه؛ لأن ما قبلَه يَحتمِلُ الكِتابةَ ويَحتمِلُ الضَّريبةَ، وبه يَترجَّحُ جانِبُ الكِتابةِ، وقولُه: (**وإلا فقِنٌّ**) فَضلةٌ في الكَلام لا يُحتاجُ إليه.

(**فيَخرُجُ**) أي إذا صَحَّت الكِتابةُ يَخرُجُ الْمُكاتَبُ (**من يَده**) أي من يَد الْمَولى؛ لأن مُوجَبَ الكِتابةِ مالِكيَّةُ اليدِ في حَقِّ الْمُكاتَبِ، ولهذا ليس له المنعُ من الخُروج والسَّفَرِ (**دون مِلكِه**) يَعني: لا يَخرُجُ من مِلك الْمَولى؛ لما رَوَينا.

(**وغَرِم**[1]) الْمَولى العُقرَ (**إن وَطِئ مُكاتَبَته**) لأنها أحَقُّ بمَنافِعها

---

(١) في (د): ويلزم.

أو جَنى عليها، أو على وَلَدها، أو أتلَف مالَها.

وإن كاتَبَه على خَمرٍ أو خِنزيرٍ، أو قِيمتِه، أو عَينٍ لغَيره، أو مِائةٍ ليَرُدَّ سَيِّدُه وَصيفًا: فَسَد، ....

وبأجزائها من مولاها[١]، وعند أحمدَ: لو شَرَط وطْأها في العَقد لا يَغرَمُ (أو جَنى) الْمَولى (عليها) أي على الْمُكاتَبة: يَغرَمُ أرْشَها (أو) جَنى (على وَلَدها) أي ولَدِ الْمُكاتَبةِ (أو أتلَف) الْمَولى (مالَها) أي مالَ الْمُكاتَبةِ؛ لأنها أحَقُّ بأكسابها، وعند مالِكٍ: لا يَضمَنُ.

وقال الكَرْخيُّ في «مُختصَره»: أما الْمُكاتَبُ: فجِنايةُ الْمَولى عليه تَلزَمُ الْمَولى، وجِنايةُ الْمُكاتَبِ على سَيِّده تَلزَمُ الْمُكاتَبَ، وكذلك جِنايةُ الْمَولى على رَقيق الْمُكاتَبِ أو مالِه: يَلزَمُ كُلَّ واحِدٍ منهما ما جَنى على صاحِبه في نَفسه أو مالِه.

وفي «الكِفاية» للبَيهَقيِّ: جِنايةُ الْمَولى على مُكاتَبه عَمدًا لا تُوجِبُ القَوَدَ؛ لأجل الشُّبهةِ، ولو قَتَل الْمُكاتَبُ مَولاه عَمدًا يَجِبُ القَوَدُ.

(وإن كاتَبَه) أي وإن كاتَبَ رجلٌ عبدَه (على خَمرٍ أو خِنزيرٍ، أو) كاتَبَه على (قِيمتِه) أي قِيمةِ نفسِه، أي نفسِ العبدِ (أو) كاتَبَه على (عَينٍ لغَيره، أو) كاتَبَه على (مِائة) دِينارٍ (ليَرُدَّ سَيِّدُه) عليه (وَصيفًا[٢]): فَسَد) عَقدُ الكِتابةِ

---

(١) أجزاؤها هنا محمولة على ذات نفسها، كما هي عبارة «المبسوط» ٨/ ٧٢، حيث قال: وهي أحق بمنافعها بحكم الكتابة كما أنها أحق بنفسها. انتهى، وعبارة «البدائع» ٤/ ١٥٣: لأنها أحق بمنافعها ومكاسبها.

(٢) الوصيف الخادم. وقد تقدم.

....

في هذه الصُّوَرِ كُلِّها.

أما الكِتابةُ على خَمرٍ أو خِنزيرٍ: فلأنه ليس بمالٍ في حَقِّ المسلمِ، فلا يَصلُحُ[1] عِوَضًا، فيَفسُدُ[2].

وأما إذا كاتَبَه على قِيمة نفسِه: فلأنها مَجهولةُ القَدْرِ، ثم إذا أدّى قِيمتَه عَتَق؛ لأنها هي البَدَلُ..

وأما إذا كاتَبَه على عَينِ غيرِه: فلعَدَم القُدرةِ على تَسليمه، والمُرادُ به شيءٌ يَتعيَّنُ في التَّعيين، كالثَّوب والعبدِ، وغيرِهما من المَكيلِ والمَوزونِ غيرَ النَّقدَين، حتى لو كاتَبَه على دَراهِمَ أو دَنانيرَ بعَينها وهي لغَيره: يَجوزُ.

وعن أبي حنيفةَ أنها على عَين الغيرِ جائِزةٌ، حتى لو مَلَكها العبدُ وسَلَّمها إلى المَولى: عَتَق، وإن عَجَز رُدَّ في الرِّقِّ.

وأما إذا كاتَبَه على مِائة دِينارٍ: فالمَذكورُ هنا قولُهما، وقال أبو يوسفَ: تَجوزُ الكِتابةُ، وتُقسَمُ المائةُ على قِيمة المُكاتَبِ وعلى قِيمة وَصيفٍ وَسَطٍ، فما أصابَ الوَصيفَ يَسقُطُ عنه، ويَكونُ مُكاتَبًا بما بَقِي؛ لأن كُلَّ ما جاز

---

(١) في (أ): يصح.

(٢) وهذا لأن تسمية ما ليس بمتقوِّم في عقدٍ يُحتاج فيه إلى تسمية البدل لصحته: توجب فساد العقد، كالبيع، بخلاف النكاح؛ حيث لا يفسد بتسمية الخمر أو الخنزير؛ لأنه لا يُحتاج لصحته إلى تسمية، حتى يجوز النكاح بلا تسمية المهر، ومع نفيه، فكذا إذا سمى مالًا لا يصلح مهرًا؛ لأن وجوده كعدمه. «التبيين» ٥/ ١٥٢.

فإن أدّى الخَمرَ: عَتَق، ....

إيرادُ العَقدِ عليه جاز استِثناؤُه منه، وتَجوزُ الكِتابةِ على وَصيفٍ، فكذا يَجوزُ استِثناؤُه[1].

ولهما: أن بدَلَ الكِتابةِ مَجهولُ القَدْرِ، فلا يَصِحُّ، كما إذا كاتَبَه على قِيمة الوَصيفِ، ولأنه عَقدٌ مُشتمِلٌ على بَيعٍ وكِتابةٍ، فيَبطُلُ؛ لجَهالة الثَّمَنِ والْمُثْمَنِ.

(فإن أدّى) الْمُكاتَبُ (الخَمرَ عَتَق) وإن كان فاسِدًا، فيَعتِقُ بالأداء، وقال زفرُ: لا يَعتِقُ إلا بأداء قِيمةِ نفسِه؛ لأن البدَلَ في الكِتابة الفاسِدةِ هو القِيمةُ، وعن أبي يوسفَ: أنه يَعتِقُ بأداء الخَمرِ؛ لأنه بدَلٌ صُورةً، ويَعتِقُ بأداء القِيمةِ أيضًا؛ لأنه هو البدَلُ مَعنًى.

وعن أبي حنيفةَ ومحمدٍ: أنه يَعتِقُ بأداء عَينِ الخَمرِ إذا قال: إن أدَّيتَها إليَّ فأنت حُرٌّ؛ باعتِبار أنه مُعلَّقٌ بالشَّرط، وقد وُجِد الشَّرطُ، فصار نَظيرَ ما لو كاتَبَه على مَيْتةٍ أو دَمٍ؛ فإنه لا يَعتِقُ إلا في صُورة التَّعليقِ، وفي ظاهِرِ الرِّوايةِ: يَعتِقُ بأداء الخَمرِ، وكذا الخِنزيرِ؛ لأنهما مالٌ في الجُملة وإن لم يكن لهما قِيمةٌ في حَقِّ الْمُسلِمين.

وأما الْمَيْتةُ والدَّمُ: فليسا بمالٍ أصلًا عند أحَدٍ، فلم يَنعقِد العَقدُ بهما، فاعتُبِرَ فيهما مَعنى الشَّرطِ لا غيرُ، وذلك بالتَّعليق صَريحًا.

---

(١) في (ب) و(د): استيفاؤه.

وسَعى في قِيمته، ولم تَنقُص عن المُسمّى، وزِيدَ عليه.
وصحَّ على حَيَوانٍ غيرِ مَوصوفٍ.

(وسَعى) المُكاتَبُ (في قِيمته) لأنه وَجَب عليه رَدُّ رَقَبتِه لفَساد العَقدِ، ولكن تَعذَّر بالعَتق، فيَجِبُ عليه رَدُّ قِيمتِه (ولم تَنقُص) قِيمتُه (عن المُسمّى) لأنه عَقدٌ فاسِدٌ، فتَجبُ عليه القِيمةُ بالِغةً ما بَلَغت (وزِيدَ عليه) أي على المُسمّى إذا زادَت قِيمتُه؛ لأنه يَرضى بالزِّيادة ليَنالَ شَرَفَ الحُرِّيّةِ، فيُزادُ عليه عند ازدِيادِ القِيمةِ على المُسمّى.

(وصحَّ) عَقدُ الكِتابةِ (على حَيَوانٍ غيرِ مَوصوفٍ[1]) إذا بَيَّن جِنسَه وأجمَل نَوعَه ووَصْفَه، كالعَبد والوَصيفِ.. يَنصرِفُ إلى الوَسَط، ويُجبَرُ المَولى على قَبول القِيمةِ؛ لأن الوسَطَ لا يُعلَمُ إلا بها.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَجوزُ هذا العَقدُ؛ للجَهالة[2]، ولنا: أن ابنَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أجاز الكِتابةَ على الوَصيف[3].

---

(١) في (هـ): معناه إذا بين الجنس ولم يبين النوع كالسندي والهندي والصفدي كالجندي والكردي إذا بين جنسه وأجمل... إلخ.

(٢) أي المسمى فيه مجهول، فصار كما لو لم يُسَمّ جنسه، بأن كان كاتبه على دابة أو دار أو ثوب، وكالبيع، والجامع كونهما معاوضةً لا يصحان إلا بتسمية البدل. «التبيين» ٥/١٥٥.

(٣) في سوى (د): على وصيف. روى ابن أبي شيبة (٢٠١٤٠) عن ابن عمر، قال: كان لا يرى بأسًا بالكتابة على الوصفاء. وروى ذلك بعد هذا عن عمر، وحفصة، وأبي برزة، وابن عباس، وأنس، وإبراهيم، وسعيد، والحسن، وابن سيرين، والشعبي، والزهري، وعمر بن عبد العزيز، وقتادة، رضي الله تعالى عنهم أجمعين.

أو كاتَبَ كافِرٌ عبدَه الكافِرَ على خَمرٍ، وأيٌّ أسلَم: فله قِيمةُ الخَمرِ، وعَتَق بقَبضها.

(أو كاتَبَ كافِرٌ عبدَه الكافِرَ على خَمرٍ) صحَّ هذا أيضًا؛ لأن الخَمرَ مالٌ عندهم، واحتَرَز بقَوله: (عبدَه الكافِرَ) عن عَبده المسلم؛ فإنه يَقَعُ فاسِدًا، وتَجِبُ فيه القِيمةُ (وأيّ) الاثنَين من الْمَولى والعبدِ (أَسلَم فله) أي فللمَولى (قِيمةُ الخَمرِ[1]) لأن المسلِمَ مَمنوعٌ عن تَمليك الخَمرِ وتَملُّكِها.

(وعَتَق) العبدُ الْمَذكورُ (بقَبضها) أي بقَبض الْمَولى قِيمةَ الخَمرِ؛ لأن الكِتابةَ عَقدُ مُعاوَضةٍ، وسَلامةُ أحَدِ العِوَضَينِ لأحَدهما تُوجِبُ سَلامةَ العِوَضِ الآخَرِ للآخَر، وإذا أدّى الخَمرَ عَتَق أيضًا؛ لتَضمُّن الكِتابةِ تَعليقَ العَتقِ بأداء الخَمرِ؛ إذ هي الْمَذكورةُ في العَقد، كذا في «شَرح الجامِعِ الصَّغيرِ» للنَّيسابُوريّ[2]، وفي «شَرح الطَّحاويّ» والتُّمُرْتاشيّ: لو أدّى الخَمرَ لا يَعتِقُ، ولو أدّى القِيمةَ يَعتِقُ، واللهُ أعلمُ.

---

(١) في (ب): الحر.

(٢) لم أهتدِ للمقصود منه.

﴿ باب ما يَجوزُ للمُكاتَب أن يَفعَلَه وما لا يَجوزُ ﴾

للمُكاتَب: البَيعُ، والشِّراءُ، والسَّفَرُ، وإن شَرَط أن لا يَخرُجَ من الْمِصر، وتَزويجُ أَمَتِه، وكِتابةُ عبدِه، ....

هذا (باب) في بَيان أحكام
(ما يَجوزُ للمُكاتَب أن يَفعَلَه وما لا يَجوزُ)

(للمُكاتَب البَيعُ والشِّراءُ والسَّفَرُ) لأنه لا يَقدِرُ على تَحصيل البدَلِ إلا بها، وقولُه: (وإن شَرَط) الْمَولى (أن لا يَخرُجَ) الْمُكاتَبُ (من الْمِصر) مُتَّصِلٌ بما قبلَه، أي له أن يُسافِرَ وإن شَرَط عليه الْمَولى أن لا يَخرُجَ من البَلَد؛ لكَونه شَرطًا مُخالِفًا لِمُقتَضى عَقدِ الكِتابةِ.

وعند مالِكٍ والشّافعيِّ في قولٍ: لا يُسافِرُ إلا بإذنٍ.

(و) للمُكاتَب أيضًا (تَزويجُ أَمَتِه) لأنه من باب الاكتِسابِ، وليس له تَزويجُ عبدِه، ولا تَزويجُ الْمُكاتَبةِ نفسَها؛ لقِيام مِلكِ الْمَولى فيها.

(و) للمُكاتَب أيضًا (كِتابةُ عبدِه) وقال زفرُ: ليس له ذلك، وهو القِياسُ، وبه قال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وأحمدُ[1]، ولنا: أنه كالبَيع، بل هو أنفَعُ منه[2]، فإذا جاز البَيعُ فأولى أن تَجوزَ الكِتابةُ.

---

(١) لأنه يؤول إلى العتق، وهو ليس له أن يعتق على مال، وكذا العقد لا يتضمن مثله، ولهذا لا يجوز للوكيل أن يوكل ولا للمضارب أن يضارب. «التبيين» ٥/ ١٥٧.

(٢) إذ البيع يزيل الملك بنفسه، والكتابة لا تزيله إلا بعد وصول البدل إلى يده، ولهذا يملكه الأب ووصيه وهو لم يملكه. «التبيين» ٥/ ١٥٧.

والوَلاءُ له إن أدّى بعد عَتقِه، وإلا لسَيِّده.

لا التَّزوُّجُ بلا إذنٍ، والهِبةُ، والتَّصدُّقُ إلا بيَسيرٍ، والتَّكفُّلُ،

(والوَلاءُ له) أي للمُكاتَب (إن أدّى) الثّاني الكِتابةَ (بعد عَتقِه) أي بعد عَتقِ الأوَّلِ (وإلا) أي وإن لم يُؤدِّ الْمُكاتَبُ الثّاني المالَ إلى الْمُكاتَب الأوَّلِ بعد عَتقِ الأوَّلِ، بل أدّاه قبلَ أن يَعتِقَ: كان الوَلاءُ (لسَيِّده) لا للمُكاتَب الأوَّلِ؛ لتَعذُّر جعلِ الْمُكاتَبِ مُعتِقًا له؛ لعَدَم أهليّةِ الإعتاقِ، فيَخلُفُه فيه أقربُ النّاسِ إليه، وهو مَولاه.

ولو أدّى الأوَّلُ بعد ذلك لا يَنتقِلُ الوَلاءُ إليه؛ لأن الْمَولى جُعِل مُعتِقًا، والوَلاءُ لا يَتحوَّلُ عن الْمُعتِق إلى غَيره، بخِلاف جَرِّ الوَلاءِ في وَلَد الجارِيةِ؛ فإنه مَولى الجارِيةِ هناك ليس بمُعتِقٍ مُباشَرةً، بل تَسبِيبًا باعتِبار إعتاقِ الأصلِ، وهي الأمُّ.

(لا) يَجوزُ للمُكاتَب (التَّزوُّجُ بلا إذنٍ) من الْمَولى؛ لأنه ليس من الاكتِساب، ويَجوزُ بإذنه؛ لأن الحَجْرَ لأجله[1]، فإذا أُذِن جاز.

(و) لا يَجوزُ له (الهِبةُ والتَّصدُّقُ) أيضًا؛ لأنهما تَبرُّعٌ (إلا بيَسيرٍ) منهما؛ لأنه من ضَرورات التِّجارةِ، ولا يَهَبُ بعِوَضٍ أيضًا؛ لأنه تَبرُّعٌ ابتِداءً.

(و) لا يَجوزُ له أيضًا (التَّكفُّلُ) سواءٌ كان في المال أو في النَّفس، وبأمرٍ وغيرِه؛ لأنه تَبرُّعٌ مَحضٌ.

---

(١) لما أن ملكه باقٍ فيه، فجاز باتفاقهما لا غير؛ لخروجه عن ملك المولى يدًا، ولثبوت ملكه في الرقبة. «التبيين» ٥/ ١٥٨.

والإقراضُ، وإعتاقُ عبدِه ولو بمالٍ، وبَيعُ نَفسِه، وتَزويجُ عبدِه.
والأبُ والوصيُّ في رَقيق الصَّغيرِ كالْمُكاتَب.
ولا يَملِكُ مُضارِبٌ وشَريكٌ شيئًا منه.
ولو اشتَرى أَباه أو ابنَه: تَكاتَبَ عليه، ....

(و) لا يَجوزُ له أيضًا (الإقراضُ) لأنه تَبرُّعٌ.

(و) لا يَجوزُ له أيضًا (إعتاقُ عبدِه ولو) كان إعتاقُه (بمالٍ) لأنه ليس بأهلٍ له (و) كذا لا يَجوزُ له (بَيعُ) العبدِ من (نَفسِه) لأنه إعتاقٌ (و) لا يَجوزُ له أيضًا (تَزويجُ عبدِه) لأنه نَقصٌ لماليّته؛ لكَونه شاغِلًا لرَقَبته بالْمَهر، ولكَسبه بالنَّفَقة، بخِلاف تَزويجِ الأمةِ، كما ذَكَرنا.

(والأبُ والوصيُّ في رَقيق الصَّغيرِ) الذي تحت حِجْرِهما (كالْمُكاتَب) في التَّصرُّفات الْمَذكورةِ؛ لأنهما يَملِكان الاكتِسابَ كالْمُكاتَب، فيَملِكان ما يَملِكُه من تَزويج الأمةِ وكِتابةِ مَملوكِ الصَّغيرِ.

(ولا يَملِكُ مُضارِبٌ وشَريكٌ شيئًا منه) أي من الأمر الْمَذكورِ؛ لأنهما لا يَملِكان إلا التِّجارةَ، والتَّزويجُ والكِتابةُ ليسا منها، وكذلك حُكمُ الْمَأذونِ له، وقال أبو يوسفَ: يَملِكون تَزويجَ الأمةِ، وقد مَرَّ الكَلامُ فيه.

(ولو اشتَرى) الْمُكاتَبُ (أَباه أو ابنَه: تَكاتَبَ[1] عليه) يَعني دَخَل في كِتابته؛ لأنه من أهلِ أن يُكاتِبَ، فيُجعَلُ مُكاتِبًا؛ تَحقيقًا للصِّلة بقَدْر الإمكانِ.

---

(١) في (أ) و(هـ): فكاتب.

ولو اشتَرى أَخاه ونحوَه: لا.

ولو اشتَرى أُمَّ ولَدِه معه: لم يَجُز بَيعُها، ....

وذِكرُ الأبِ والابنِ اتِّفاقِيٌّ؛ لأن الحُكمَ لا يَختصُّ بهما بل بجَميع مَن له قَرابةُ الوِلادِ؛ فإنهم يَدخُلون في كِتابته تَبعًا له.

وأقواهم دُخولًا: الولَدُ المَولودُ في الكِتابة، ثم الولَدُ المُشتَرى، ثم الوالِدان، وعن هذا: يَتفاوَتون في الأحكام؛ فإن الولَدَ المَولودَ في الكِتابة يَكونُ حُكمُه كحُكم أبِيه، حتى إذا مات أبُوه ولم يَترُك وَفاءً: يَسعى على نُجوم أبِيه، والولَدُ المُشتَرى[1] يُؤدِّي بدَلَ الكِتابةِ حالًّا، وإلا يُرَدُّ في الرِّقِّ، والوالِدان يُرَدّان في الرِّقِّ كما مات، ولا يُؤدِّيان حالًّا ولا مُؤجَّلًا.

(ولو اشتَرى) المُكاتَبُ (أخاه ونحوَه) مِثلُ ابنِ أخِيه وعَمِّه وابنِ عَمِّه (لا) يَتكاتَبُ عليه عند أبي حنيفةَ، فيَجوزُ له بَيعُه، وقالا: يَتكاتَبُ عليه، فلا يَجوزُ بَيعُه؛ اعتِبارًا بقَرابة الوِلادِ.

وله: أن العَتقَ والكِتابةَ مَبنِيّانِ على المِلكِ، ولا مِلكَ للمُكاتَب في كَسبه إلا فيما يُقَرِّبُه إلى المَقصود.

وعند الثَّلاثةِ: لو اشتَرى بلا إذن السَّيِّدِ: لا يَتكاتَبُ، ولا يَصِحُّ شِراؤُه، وبالإذن يَصِحُّ.

(ولو اشتَرى) المُكاتَبُ (أُمَّ ولَدِه معه) أي مع ولَدِه منها (لم يَجُز بَيعُها)

---

(١) في (هـ): المشترك.

وإن وُلِد له من أَمَته ولَدٌ: تكاتَب عليه، وكَسبُه له.

لأن الولَدَ لما دَخَل في كِتابته امتنَع بَيعُه؛ لِمَا ذُكِر، فتَبَعُه أُمُّه فيه، فامتَنَع بَيعُها؛ لأنها تَبَعٌ له، قال عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَعتَقَها ولَدُها»[1].

ولا تَدخُلُ في كِتابته، حتى لا تَعتِقُ بعتقه، ولم يَنفسِخِ النِّكاحُ؛ لأنه لم يَملِكها، فجاز له أن يَطأَها بمِلك النِّكاحِ، وكذا الْمُكاتَبةُ إذا اشتَرت زَوجَها، غيرَ أنها لها أن تَبيعَه كيفما كان؛ لأن الحُرِّيَّةَ لم تَثبُت من جِهَتها.

ولو مَلَكها بدون الولَدِ: جاز له بَيعُها عند أبي حنيفةَ، خِلافًا لهما[2].

(وإن وُلِد له) أي للمُكاتَب **(من أَمَته ولَدٌ: تكاتَب عليه)** لأنه بالدِّعوة ثَبَت نَسَبُه منه، فيَتبَعُه في الكِتابة **(وكَسبُه)** أي كَسبُ الولَدِ **(له)** أي للمُكاتَب؛ لأنه في حُكم مَملوكِه، فكان كَسبُه له، وكذا الْمُكاتَبةُ إذا وَلَدت ولَدًا فالحُكمُ كما سَبَق.

---

(١) ابن ماجه (٢٥١٦)، والدارقطني (٤٢٣٣). وقد تقدم.

(٢) لأنها أم ولد له، فصار كالحر إذا اشترى أم ولده وحدها بدونه.
ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أن القياس أن يجوز بيعها، وإن كان معها ولدها؛ لأن كسب المكاتب موقوف بين أن يؤديَ فيتقررَ له، وبين أن يعجزَ فيتقررَ للمولى، فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ، وهو أمومية الولد؛ إذ لو تعلق به لكان كسب المكاتب غيرَ محتمل للفسخ، أو كان الاستيلاد محتملًا للفسخ فينفسخ بانفساخ المكاتبة، فحينئذ يلزم أن يجعل الشيء الذي هو غير قابل للفسخ من جملة ما يقبل الفسخ بطريق التبعية، وذلك لا يجوز؛ لأن الذي لا يقبل الفسخ أقوى، فلا يكون تبعًا لما هو دونه، ومال المكاتب موقوف، فلا يجوز أن يتعلق به ما لا يلحقه الفسخ، إلا أنه يمتنع بيعها تبعًا لولدها منه، وما يثبت تبعًا يثبت بشرائط المتبوع، ولو ثبت بدون الولد لثبت ابتداءً، والقياس ينفيه. «التبيين» ٥/ ١٥٩.

وإن زَوَّج أَمَتَه عَبدَه، فكاتَبَهما، فوَلَدت: دَخَل في كِتابتها، وكَسبُه لها.

مُكاتَبٌ أو مَأذونٌ نَكَح بإذنٍ حُرّةً -بزَعمها- فوَلَدت، فاستُحِقَّت: فولَدُها عبدٌ.

(وإن زَوَّج) الْمُكاتَبُ (أَمَتَه) من (عَبده، فكاتَبَهما) أي فكاتَبَ الْمُكاتَبُ العبدَ والأمةَ جَميعًا (فوَلَدت) الأمةُ (دَخَل) الولدُ (في كِتابتها) أي في كِتابة الأمةِ الأُمِّ (وكَسبُه) أي كَسبُ الولَدِ (لها) أي للأمة؛ لأن الولَدَ يَتبَعُ الأُمَّ في الأوصاف الحُكميّةِ، فكان مُكاتَبًا تَبعًا لها، وكانَت هي أحَقَّ بكَسبه من الأب[1]؛ لأنه جُزؤُها، ولو قُتِل هذا الولَدُ تكونُ قِيمتُه للأُمِّ دون الأبِ.

(مُكاتَبٌ أو) عبدٌ (مَأذونٌ) له في التِّجارة (نَكَح) يَعني: تَزوَّج (بإذنٍ) من الْمَولى امرَأةً (حُرّةً بزَعمها) أي بزَعم الْمَرأةِ (فوَلَدت، فاستُحِقَّت: فولَدُها عبدٌ) يَعني: رَقيقٌ، فليس له أن يَأخُذَه بالقِيمة عندهما.

وقال محمدٌ: ولَدُها حُرٌّ بالقِيمة، يُعطِيها للمُستحِقِّ في الحال إذا كان التَّزوُّجُ بإذن الْمَولى، وإن كان بغَير إذنِه يُعطِيها بعد العَتقِ، ثم يَرجِعُ هو بما ضَمِن من قِيمة الولَدِ على الأمة الْمُستحَقَّةِ بعد العَتقِ، إذا كانَت هي الغارّةَ له؛ لأنه اعتَمَد على قَولها، فصار مَغرورًا، كالحُرِّ، فيَكونُ أولادُه أحرارًا بالقِيمةِ.

---

(١) في سوى (أ): من المولى. وانظر «التبيين» ٥/ ١٦٠.

وإن وَطِئ أمةً بشِراءٍ فاستُحِقَّت، أو بشِراءٍ فاسِدٍ فرُدَّت: فالعُقرُ في الْمُكاتَبة، ولو بنِكاحٍ: أُخِذ به مُذ عَتَق.

ولهما: أنه مَولودٌ بين رَقيقَين، فيَكونُ رَقيقًا؛ إذ الولَدُ يَتبَعُ الأُمَّ في الرِّقِّ والحُرِّيَّةِ، وتَركنا هذا في الحُرِّ بإجماع الصَّحابةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ[1].

(وإن وَطِئ) الْمُكاتَبُ (أمةً) مَملوكةً له (بشِراءٍ، فاستُحِقَّت) الأمةُ (أو) وَطِئ أمةً مَملوكةً له (بشِراءٍ فاسِدٍ، فرُدَّت) الأمةُ، يَعني: رَدَّها بحُكم الفَسادِ على البائع (فالعُقرُ) واجِبٌ عليه (في الْمُكاتَبة) يَعني: في حال[2] الكِتابةِ قبلَ العَتقِ في الصُّورتَين جَميعًا.

(ولو) وَطِئ الْمُكاتَبُ الأمةَ (بنِكاحٍ) بأن تَزوَّجها بغَير إذنِ الْمَولى (أُخِذ) الْمُكاتَبُ (به) أي بالعُقر (مُذ عَتَق) يَعني: وقتَ العَتقِ، أرادَ به بعد العَتقِ.

والفرقُ: أن في الوَجهَين الأَولَين ظَهَر الدَّينُ في حقِّ الْمَولى؛ لأن التِّجارةَ وتَوابِعَها داخِلةٌ تحت الكِتابةِ، والعُقرُ من تَوابِعها، وفي الوَجه الثَّالثِ لم يَظهَر؛ لأن النِّكاحَ ليس من الاكتِساب في شيءٍ، فلا تَنتظِمُه الكِتابةُ، فلا يَظهَرُ في حقِّ الْمَولى.

---

(١) تقدم الكلام عن ذلك أول باب الاستيلاد.

(٢) في (أ): مال. وانظر «التبيين» ٥/ ١٦٠.

فصلٌ [في كِتابة الْمُدبَّرِ وأُمِّ الولَدِ وغيرِهما]

وَلَدت مُكاتَبَةٌ من سَيِّدها: مَضَت على كِتابتها، أو عَجَّزت، وهي أُمُّ ولَدِه.

هذا (فصلٌ) في كِتابة الْمُدبَّرِ وأُمِّ الولَدِ وغيرِهما

(**وَلَدت مُكاتَبَةٌ من سَيِّدها**) فلها الخِيارُ، إن شاءَت (**مَضَت على كِتابتها، أو**) إن شاءَت (**عَجَّزت**) نفسَها (**وهي أُمُّ ولَدِه**) لأنه تَلَقَّتها جِهَتا حُرِّيَّةٍ: عاجِلةٌ ببدَلٍ، وآجِلةٌ بغَير بدَلٍ، فتَتخيَّرُ بينهما، ونسَبُ ولَدِها ثابِتٌ بالدِّعوة، ولا يُحتاجُ إلى تَصديقها؛ لأنها مَملوكةٌ له رَقَبةً..

وإذا مَضَت على الكِتابة أَخذت عُقرَها من سَيِّدها؛ لأنها أحَقُّ بأكسابها، فإذا مات الْمَولى: عَتَقت بالاستيلاد، وسَقَط عنها مالُ الكِتابةِ.

وإن ماتَت وتَركت مالًا: تُؤدّى كِتابتُها منه، وما بَقِي ميراثٌ لوَلَدها؛ لثُبوت عَتقِها في آخِر جُزءٍ من حَياتها، وإن لم تَترُك مالًا: فلا سِعايةَ على الوَلَد؛ لأنه حُرٌّ.

وإن ولَدت ولَدًا آخَرَ لم يَثبُت نسَبُه من غَير دِعوةٍ؛ لحُرمة وطئِها عليه، حتى إذا عَجَّزت نفسَها، وولَدت بعد ذلك في مُدّةٍ يُمكِنُ العُلوقُ بعد التَّعجيزِ: ثَبت نسَبُه من غَير دِعوةٍ، إلا إذا نَفاهُ صَريحًا، كسائِر أُمَّهاتِ الأولادِ.

ولو لم يَدَّعِ الولَدَ الثّانيَ، وماتَت من غَير وَفاءٍ: سَعى هذا الولَدُ في بَدَل الكِتابةِ؛ لأنه مُكاتَبٌ تبَعًا لها، ولو مات الْمَولى بعد ذلك عَتَق، وبَطَل عنه السِّعايةُ.

وإن كاتَبَ أُمَّ ولَدِه أو مُدَبَّرَه: صحَّ، وعَتَقت مَجّانًا بمَوته، وسَعى المُدبَّرُ في ثُلُثَي قِيمتِه، ....

(وإن كاتَبَ) شَخصٌ (أُمَّ ولَدِه أو مُدَبَّرَه: صحَّ) ما فَعَله من الكِتابة؛ لقِيام المِلكِ فيهما، وإن كانَت أُمُّ الولَدِ غيرَ مُتقوِّمةٍ عند أبي حنيفةَ (وعَتَقت) أُمُّ الولَدِ المُكاتَبةُ عَتقًا (مَجّانًا) يَعني: بغَير شيءٍ يَلزَمُها (بمَوته) أي بمَوت المَولى، وسَقَط عنها بدَلُ الكِتابةِ؛ لأنها عَتَقت بسَبَب أُمومِيّةِ الولَدِ[1]، وتَسلَمُ لها[2] الأولادُ والأكسابُ[3]؛ لأنها عَتَقت وهي مُكاتَبةٌ، ومِلكُها يَمنَعُ من ثُبوت مِلكِ الغيرِ فيه، فصار كما إذا أعتَقَها المَولى في حال حَياتِه.

(وسَعى[4] المُدبَّرُ) المُكاتَبُ بعد موتِ المَولى (في ثُلُثَي قِيمتِه) إن شاء

---

(١) لبقاء حكم الاستيلاد بعد الكتابة؛ لعدم التنافي بينهما، ومن حكمه عتقها بعد الموت مجانًا. «التبيين» ٥/ ١٦٢.

(٢) في (أ): ويسلم له. وانظر «التبيين» ٥/ ١٦٢.

(٣) لأنها عتقت وهي مكاتبةٌ، وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه، فصار كما إذا أعتقها المولى في حال حياته، ولئن انفسخت الكتابة في حق نفسها بقيت في حق الأولاد والأكساب؛ لأن الفسخ للنظر لها، والنظر لها في بقاء الكتابة ليتبعها أولادها في العتق وتسلم لها أكسابها، فيجعل كأنها عتقت بالإيفاء في حق الأولاد والأكساب، ولأن دخول أولادها في الكتابة بطريق التبعية، فيعتقون بعتقها تبعًا لها؛ لأن للتبع حكمَ المتبوع، ولا يمكن ذلك إلا بالطريق الذي بيَّنَّا، وهو أن تنفسخ الكتابة في حق سقوط البدل عنها فقط، وتبقى في حق غيره من الأحكام نظرًا، لها ولو أدت بدل الكتابة قبل موت المولى عتقت بالكتابة؛ لبقائها إلى وقت الأداء، وبالأداء تتقرر ولا تبطل. وانظر «التبيين» ٥/ ١٦٢.

(٤) في (أ): ويسعى.

أو كُلِّ البدَلِ بمَوته فَقيرًا.

(أو) سَعى في (كُلِّ البدَلِ) أي في جَميع بدَلِ الكِتابةِ (بمَوته) أي بمَوت المَولى، حالَ كونِه (فَقيرًا) أرادَ أن المَولى لم يَترُك شيئًا غيرَه، هذا عند أبي حنيفةَ، وعند أبي يوسفَ: يَسعى في الأقَلِّ منهما، وعند محمدٍ: يَسعى في الأقلِّ من ثُلُثَي قِيمتِه وثُلُثَي بدَلِ الكِتابةِ.

فالخِلافُ في المَوضِعَين: في الخَيار والمِقدارِ، وأبو يوسفَ مع أبي حنيفةَ في المِقدار، ومع محمدٍ في نفي[1] الخِيارِ.

أما الكَلامُ في الخِيار: فمَبنيٌّ على تَجزيءِ الإعتاقِ وعدَمِه، فعنده: لما كان مُتجزِّئًا بَقِي ما وراءَ الثُّلُثِ عبدًا، وبَقِيت الكِتابةُ فيه كما كانَت قبلَ عَتقِ الثُّلُثِ، فتَوجَّه لعَتقه جِهَتان: كِتابةٌ مُؤجَّلةٌ، وسِعايةٌ مُعجَّلةٌ، فيُخيَّرُ.

وعندهما: لما عَتَق كُلُّه بعَتق[2] ثُلُثِه بَطَلت الكِتابةُ، وبَطَل الأجَلُ، ووَجَب عليه أحدُ[3] المالَين، فيَختارُ الأقلَّ، فلا مَعنى للتَّخيير.

وأما في المِقدار: فلمحمدٍ: أنه قابَلَ البدَلَ بالكُلِّ، وقد سَلِم له الثُّلُثُ بالتَّدبير، فمن المُحال أن يَجِبَ البدَلُ بمُقابَلته.

ولهما: أن جَميعَ البدَلِ مُقابَلٌ بثُلُثَي رَقَبتِه، فلا يَسقُطُ منه شيءٌ.

(١) في سوى (أ): في بقاء. وانظر «التبيين» ٥/ ١٦٢.
(٢) في (أ) و(ج) و(هـ): يعتق. وانظر «التبيين» ٥/ ١٦٢.
(٣) في (ب): أخذ.

وإن دَبَّر مُكاتَبَه: صحَّ، فإن عَجَز: بَقِي مُدبَّرًا، وإلا سَعى في ثُلُثَي قِيمتِه، أو ثُلُثَي البدَلِ بمَوته مُعسِرًا.

وإن أعتَق مُكاتَبَه: عَتَق، وسَقَط البدَلُ.

وإن كاتَبَه على ألفٍ مُؤجَّلٍ، فصالَحه على نِصفٍ حالٌّ: صحَّ.

(**وإن دَبَّر مُكاتَبَه: صحَّ**) التَّدبيرُ؛ لأنه يَملِكُ تَنجيزَ العَتقِ فيه، فيَملِكُ التَّعليقَ بشَرط الموتِ (**فإن عَجَز**) عن الكِتابة (**بَقِي**) حالَ كونِه (**مُدبَّرًا**) لوُجود السَّببِ المُوجِبِ له (**وإلا**) أي وإن لم يَعجِز (**سَعى في ثُلُثَي قِيمتِه**) إن شاء (**أو**) سَعى في (**ثُلُثَي البدَلِ**) أي بدَلِ الكِتابةِ وذلك (**بمَوته**) أي بمَوت المَولى، حالَ كونِه (**مُعسِرًا**) هذا عند أبي حنيفةَ، وقالا: يَسعى في الأقلِّ منهما، فالخِلافُ في الخِيار مَبنيٌّ على تَجَزّي الإعتاقِ وعدَمِ تَجزّيه، أما المِقدارُ هنا: فمُتَّفَقٌ عليه.

(**وإن أعتَق**) المَولى (**مُكاتَبَه عَتَق**) لقِيام المِلكِ فيه (**وسَقَط البدَلُ**) أي بدَلُ الكِتابةِ؛ لأنه التَزَمه لتَحصِيل العَتقِ، وقد حَصَل بدُونه.

(**وإن كاتَبَه**) أي وإن كاتَبَ المَولى عبدَه (**على ألفٍ مُؤجَّلٍ، فصالَحه على نِصفِ**) الألفِ (**حالٌّ: صحَّ**) الصُّلحُ، والقِياسُ أن لا يَجوزَ[1]؛ لأنه اعتِياضٌ عن الأجَل[2]، وهو ليس بمالٍ، والدَّينُ مالٌ، فكان رِبًا[3].

---

(١) وبه قال الشافعي ومالك، وفي «الحلية»: وبه قال أبو يوسف وزفر. اهـ «دراية». شلبي ٥/١٦٣.

(٢) كأنه اشترى من المكاتب خمسمائة معجلة بألف مؤجلة. اهـ «غاية». شلبي ٥/١٦٣.

(٣) أي وهو حرام بين المولى وسيده، ولهذا نص الحاكم في «الكافي»: أن الرجل إذا =

مات مَريضٌ كاتَبَ عبدَه على ألفَين إلى سَنةٍ، وقِيمتُه ألفٌ، ولم تُجِزِ الوَرَثةُ: أدّى ثُلُثَي البدَلِ حالًّا، والباقِيَ إلى أجَله، أو رُدَّ رَقيقًا.
وإن كاتبَه على ألفٍ إلى سَنةٍ، وقِيمته ألْفان، ولم يُجيزوا: ....

وجهُ الاستِحسانِ: أنه شُرِع مع الْمُنافي؛ إذ الأصلُ أن لا يَجرِيَ هذا العَقدُ بين الْمَولى وعبدِه؛ إذ العبدُ وما في يَده لِمَولاه، والأجَلُ أيضًا رِبًا من وجهٍ، فيَكونُ شُبهةَ الشُّبهةِ، فلا يُعتبَرُ.

(مات مَريضٌ) وهو الذي قد كان (كاتَبَ عبدَه على ألفَين إلى سَنةٍ، و) الحالُ أن (قِيمته) أي قِيمة العبدِ (ألف) دِرهَمٍ (ولم تُجِزِ الوَرَثةُ) ذلك[1]، ولا مالَ له غيرُه (أدّى) الْمُكاتَبُ (ثُلُثَي البدَلِ) وهو الألفان، أداءً (حالًّا، و) أدّى (الباقِيَ إلى أجَله) أي عند انتِهاءِ أجَلِه (أو رُدَّ) إلى حالتِه الأُولى (رَقيقًا) عندهما.

وعند محمدٍ: يُؤدِّي ثُلُثَي الألفِ حالًّا، والباقِيَ إلى أجَله، أو يُرَدُّ رَقِيقًا؛ لأن ما زاد على قِيمته مِلكُ الْمَولى مُؤجَّلًا، وقِيمتُه مِلكُه حالًّا، فنَفَذ في ثُلُث هذا، وتَعجَّل في ثُلُثَيه، ولهما: أن بدَلَ الكِتابةِ قائِمٌ مَقامَ الرَّقَبةِ، فيَنفُذُ في ثُلُثه.

(وإن كاتبَه على ألفٍ إلى سَنةٍ، و) الحالُ أن (قِيمته ألْفان، ولم يُجِيزوا)

= اشترى من مكاتبه درهمًا بدرهمين: لم يجز. اهـ إتقاني. شلبي ٥/ ١٦٣.

(١) أي التأجيل؛ لأن المريض لم يتصرف في حق الورثة إلا في حق التأجيل، فكان لهم أن يردوه؛ إذ بتأجيل المال أخَّر حق الورثة، وفيه ضرر عليهم، فلا يصح بدون إجازتهم، كذا في «المبسوط». اهـ كاكي. شلبي ٥/ ١٦٣.

أدّى ثُلُثَي القِيمةِ حالًا، أو رُدَّ رَقيقًا.

حُرٌّ كاتَبَ عن عبدٍ بألف، وأدّى: عَتَق، فإن قَبِل العبدُ: فهو مُكاتَبٌ.

وإن كاتَبَ الحاضِرَ والغائِبَ، ....

أي الوَرَثةُ (أدّى ثُلُثَي القِيمةِ) أداءً (حالًا، أو رُدَّ) إلى حالتِه الأُولى (رَقيقًا) بالإجماع؛ لأن المُحاباةَ هنا حَصَلت في القَدْر والتَّأخيرِ، فاعتُبِر الثُّلُثُ فيهما.

(حُرٌّ كاتَبَ عن عبدٍ) بأن قال لِمَولاه: كاتِب عبدَك فُلانًا (بألف) دِرهَم على أنّي إن أدَّيتُ لك ألفًا فهو حُرٌّ، فكاتَبَه المَولى على هذا الشَّرطِ (وأدّى) الحُرُّ الألفَ (عَتَق) العبدُ بحُكم الشَّرطِ.

(فإن قَبِل العبدُ) هذا الأمرَ بعدما بَلَغه (فهو مُكاتَبٌ) لأن الكِتابةَ كانَت مَوقُوفةً على إجازتِه، وقَبولُه إجازةٌ، ولو لم يَقُل: على أنّي إن أدَّيتُ إليك ألفًا فهو حُرٌّ، فأدّى: لا يَعتِقُ قِياسًا؛ لأنه لا شرطَ، والعَقدُ مَوقوفٌ.

وفي الاستِحسان: يَعتِقُ؛ لأنه لا ضرَرَ للعَبد الغائبِ في تَعليق العَتقِ بأداء القائلِ[1]، فيَصِحُّ في حَقِّ هذا الحُكمِ، ويَتوقَّفُ في لُزوم الألفِ العبدَ، وقِيل: هي هذه صُورةُ مَسألةِ الكِتابِ.

ولو أدّى الحُرُّ البدَلَ لا يَرجِعُ على العَبد؛ لأنه مُتبرِّعٌ.

(وإن كاتَبَ) المَولى العبدَ (الحاضِرَ و) العبدَ (الغائِبَ) بأن قال: الحاضِرُ لِمَولاه: كاتِبْني بألف دِرهَمٍ على نَفسي، وعلى فُلانٍ الغائبِ

(1) في (د) و(هـ): القابل. وانظر «الهداية» ٣/ ٢٥٩.

وقَبِل الحاضِرُ: صحَّ، وأيُّهما أدّى: عَتَقا، ....

عبدٌ آخَرُ لِمَولاه (وقَبِل) العبدُ (الحاضِرُ) هذه الكِتابةَ (صحَّ) أي الكِتابةُ، والتَّذكيرُ باعتِبار العَقدِ، والقِياسُ أن لا يَجوزَ إلا عن نَفسه؛ لوِلايته عليها، ويَتوقَّفُ في حقِّ الغائبِ؛ لعَدَم الوِلايةِ عليه.

وجهُ الاستِحسانِ: أن الحاضِرَ بإضافته العَقدَ إلى نَفسه ابتِداءً جَعَل نفسَه فيه أصيلًا، والغائبَ تَبَعًا.

والكِتابةُ على هذا الوجهِ مَشروعةٌ، كالأمة إذا كُوتِبت دَخَل أولادُها في كِتابتها تَبَعًا لها، حتى عَتَقوا بأدائها، وليس عليهم شيءٌ من البَدَل، فإذا كان كذلك يَنفرِدُ به الحاضِرُ، ويَستَغني عن شَرط رِضا الغائبِ، ويُطالَبُ الحاضِرُ بكُلِّ البدَلِ؛ لأن كُلَّه عليه دون الغائبِ، ولا يُعتَبَرُ إجازةُ الغائبِ ولا رَدُّه، ولا يُؤاخَذُ بالبَدَل ولا بشيءٍ منه.

ولو اكتَسَب شيئًا ليس للمَولى أن يأخُذَه من يَده، وليس له أن يَبيعَه من غَيره؛ لأنه مُكاتَبٌ تَبَعًا، ولو أبرَأه المَولى، أو وَهَبه مالَ الكتابة: لا يَصِحُّ؛ لعدم وجوبه عليه، ولو أبرأ الحاضِرَ أو وهبَه له: عَتَقا جَميعًا، ولو أعتَق الغائبَ: سَقَط عن الحاضِر حِصّتُه من البَدَل، ولو أعتَق الحاضِرَ: لم يَعتِق الغائِبُ، وسَقَط حِصّةُ الحاضِرِ من الكِتابة، ويُؤدِّي الغائِبُ حِصّتَه حالًا، وإلا رُدَّ في الرِّق.

(وأيُّهما) أي أيُّ واحِدٍ من الاثنَين، وهما الحاضِرُ والغائِبُ (أدّى) بدَلَ الكِتابةِ (عَتَقا) أي الحاضِرُ والغائِبُ جَميعًا؛ لوُجود شرطِ عَتقِهما، وهو

ولا يَرجعُ على صاحِبه، ولا يُؤخَذُ الغائِبُ بشيءٍ، وقَبولُه لَغوٌ.

وإن كاتَبَت الأمةُ عن نَفسها، وعن ابنَين صَغيرَين لها: صحَّ، وأيٌّ أدّى لم يَرجِع.

أداءُ بدَلِ الكِتابةِ، ويُجبَرُ الْمَولى على القَبول (ولا يَرجِعُ) الْمُؤدِّي منهما (على صاحِبه) بما أدّى إلى الْمَولى من بَدَل الكِتابةِ، أما الحاضِرُ: فلأنه قَضى دَينًا عليه، وأما الغائِبُ: فلأنه أدّى بغَير أمرِه.

(ولا يُؤخَذُ) العبدُ (الغائِبُ بشيءٍ) من بَدَل الكِتابةِ؛ لأنه لا دَينَ عليه؛ إذ[1] لم يَلتزِم شيئًا، وإنما دَخَل في الكِتابة تَبَعًا، كما ذَكَرنا (وقَبولُه) أي قَبولُ الغائبِ الكِتابةَ (لَغوٌ) لا يُعتبَرُ، وكذا رَدُّه إيّاها، كما ذَكَرنا.

(وإن كاتَبَت) أي (الأمةُ عن نَفسها وعن ابنَين صَغيرَين لها: صحَّ) عَقدُ هذه الكِتابةِ استِحسانًا، والقِياسُ أن لا يَجوزَ، وقد ذَكَرنا وجهَهما في الْمَسألة السّابِقةِ (وأيٌّ) واحِدٍ من الثَّلاثة، وهم الأُمُّ والابنان (أدّى) بدَلَ الكِتابةِ (لم يَرجِع) على صاحِبه، ويُجبَرُ الْمَولى على القَبول، وقَبولُ الابنَين الكِتابةَ ورَدُّهما: لا يُعتبَرُ.

ولو أعتَق الْمَولى الأُمَّ: بَقِي عليهما من بَدَل الكِتابةِ بحِصّتهما، يُؤدِّيانه في الحال، ويُطالِبُ الْمَولى الأُمَّ بالبَدَل دونَهما، ولو أعتَقهما: سَقَط عنها حِصّتُهما، وعليها الباقِي على نُجومِها.

ولو اكتَسَبا شيئًا ليس للمَولى أخذُه، ولا له أن يَبيعَهما.

---

(١) في (د) و(هـ): إذا.

ولو أبرَأهما عن الدَّين أو وهَبَهما: لا يَصِحُّ، ولها يَصِحُّ، فتَعتِقُ، ويَعتِقان معها، والله أعلمُ.

﴿ باب كِتابةِ العبدِ الْمُشتَرَكِ ﴾

عبدٌ لهما، أَذِن أحَدُهما لصاحِبِه أن يُكاتِبَ حَظَّه بأَلفٍ، ويَقبِضَ بدَلَ الكِتابةِ، فكاتَبَ، وقَبَض بعضَه، فعَجَز: فالْمَقبوضُ للقابِضِ.

هذا (باب)

في بَيان أحكامِ (كِتابةِ العبدِ الْمُشتَرَكِ) بين اثنَين

(عبدٌ) مَملوكٌ (لهما) أي لاثنَين (أَذِن أحَدُهما لصاحِبِه أن يُكاتِبَ حَظَّه) أي نَصيبَه (بأَلف) دِرهَمٍ (و) أن (يَقبِضَ بدَلَ الكِتابةِ، فكاتَبَ) الشَّريكُ الْمَأذونُ له (وقَبَض بعضَه) أي بعضَ الألفِ (فعَجَز) الْمُكاتَبُ: (فالْمَقبوضُ) من بَدَل الكِتابةِ (للقابِض) عند أبي حنيفةَ، وقالا: هو مُكاتَبٌ بينهما، وما أدّى فهو بينهما.

وأصلُه: أن الكِتابةَ تَتجزَّأُ عنده، وعندهما: لا تَتجزَّأُ، فإذا كان كذلك فإنها تُفيدُ الحُرِّيَةَ من وجهٍ، فيَقتصِرُ على نَصيبه عنده؛ للتَّجَزِّي.

وفائدةُ الإذنِ: أن لا يَكونَ له حَقُّ الفَسخِ كما يَكونُ له إذا لم يَأذَن، وإذنُه له بقَبض البدَلِ إذنٌ للعَبد بالأداء، فيَكونُ مُتبرِّعًا بنَصيبه عليه، فلهذا كان كُلُّ الْمَقبوضِ له.

وعندهما: الإذنُ بكِتابة نَصيبِه إذنٌ بكِتابة الكُلِّ؛ لعَدَم التَّجزِّي، فهو أصيلٌ في النِّصف، وَكيلٌ في النِّصف، فهو بينهما، والْمَقبوضُ مُشترَكٌ بينهما، فيَبقى كذلك بعد العجزِ.

أمةٌ بينهما، كاتَبَاها، فوَطِئها أحَدُهما، فوَلَدت، فادَّعاه، ثم وَطِئ الآخَرُ، فوَلَدت، فادَّعاه، فعَجَزت: ....

ولو كاتَبَه بغَير إذنِ شَريكِه صار نَصيبُه مُكاتَبًا عنده، وعندهما: كُلُّه، وكان للسّاكِت أن يَفسَخَ بالإجماع قبلَ أن يُؤدِّيَ بدَلَ الكِتابةِ؛ دَفعًا للضَّرَر عن نَفسه.

ولو أدّى بدَلَ الكِتابةِ عَتَق نَصيبُه خاصّةً عند أبي حنيفةَ؛ لأن العَتقَ يَتجزَّأُ عنده، وللسّاكِت أن يَأخُذَ من الذي كاتَبَ نِصفَ[1] ما أَخَذ من بَدَل الكِتابةِ، ثم يُنظَرُ.. إن كاتَبَ كُلَّه بألفٍ: لم يَرجِع على الْمُكاتَب بشيءٍ مما أَخَذه منه شَريكُه، وإن كاتَبَ نَصيبَه فقط بألفٍ: رَجَع على الْمُكاتَب بما أَخَذه شَريكُه.

وعندهما: بالأداء عَتَق كُلُّه، ويَرجِعُ السّاكِتُ على شَريكه إن كان مُوسِرًا، وإلا فعلى العَبد، كما لو أعتَقه، وله أن يَأخُذَ نِصفَ ما بَقِي من الأكساب؛ لأنه كَسبُ عبدٍ مُشترَكٍ.

(أمةٌ) مُشترَكةٌ (بينهما) أي بين الاثنَين (كاتَباها، فوَطِئها أحَدُهما) أي أحَدُ الشَّريكَين (فوَلَدت) الأمةُ (فادَّعاه) أي ادَّعى الواطِئُ الولَدَ (ثم وَطِئ) الأمةَ الشَّريكُ (الآخَرُ، فوَلَدت) الأمةُ ولَدًا منه (فادَّعاه) أي الواطِئُ الثّاني: صَحَّت دِعوتُه؛ لقِيام مِلكِه ظاهِرًا (فعَجَزت) الأمةُ عن الكِتابة بعد ذلك: جُعِلت الكِتابةُ كأن لم تكن..

---

(١) في (أ): بنصف. وانظر «التبيين» ٥/١٦٦.

فهي أُمُّ ولَدٍ للأوَّل، وضَمِن لشَريكه نِصفَ قِيمتِها، ونِصفَ عُقرِها، وضَمِن شَريكُه عُقرَها، وقِيمةَ الولَدِ، وهو ابنُه، ....

فإذا كان كذلك (فهي أُمُّ ولَدٍ للأوَّل) أي للواطِئِ الأوَّلِ؛ لأنه زال المانِعُ من الانتِقال، ووطؤُه سابِقٌ (وضَمِن) الأوَّلُ (لشَريكه) وهو الواطِئُ الثَّاني (نِصفَ قِيمتِها) لأنه تَملَّك نَصيبَه لما استَكمَل الاستِيلادَ (و) يَضمَنُ (نِصفَ عُقرِها) لوَطئه جارِيةً مُشترَكةً.

(وضَمِن شَريكُه) وهو الواطِئُ الثَّاني للواطِئِ الأوَّلِ (عُقرَها) أي عُقرَ الأمةِ كامِلًا (و) يَضمَنُ (قِيمةَ الولَدِ) أيضًا (وهو) أي الولَدُ (ابنُه) أي ابنُ الواطِئِ الثَّاني؛ لأنه بمَنزِلة الْمَغرورِ؛ لأنه حِين وَطِئها كان مِلكُه قائِمًا ظاهِرًا، وولَدُ الْمَغرورِ ثابِتُ النَّسَبِ منه حُرٌّ بالقِيمة على ما عُرِف، ولكنه وَطِئ أُمَّ ولَدِ الغيرِ حَقيقةً، فيَلزَمُه كَمالُ العُقرِ، وهذا كُلُّه عند أبي حنيفةَ.

وعندهما: هي أُمُّ ولَدٍ للأوَّل، وهي مُكاتَبةٌ كُلُّها، وعليه نِصفُ قِيمتِها لشَريكه عند أبي يوسفَ، وعند محمدٍ: الأقلُّ من نِصف قِيمتِها ومن نِصف ما بَقِي من بَدَل الكِتابةِ، ولا يَثبُتُ نسَبُ الولَدِ الأخيرِ من الآخَر، ولا يَكونُ الولَدُ له بالقِيمة، ويَغرَمُ العُقرَ لها.

وهذا الاختِلافُ مَبنيٌّ على الاختِلاف في تَجزِّي استِيلادِ الْمُكاتَبةِ، فعنده: يَتجزَّأُ، وعندهما: لا يَتجزَّأُ، واستِيلادُ الْمُدبَّرةِ يَتجزَّأُ بالإجماع.

وأيٌّ دَفَع العُقرَ إلى الْمُكاتَبة: صحَّ.

وإن دَبَّر الثّاني، ولم يَطَأها، فعَجَزت: بَطَل التَّدبيرُ، وهي أُمُّ ولَدٍ للأوَّل، وضَمِن لشَريكه نِصفَ قِيمتِها ونِصفَ عُقرِها، والولَدُ للأوَّل.

(وأيّ) واحِدٍ من الشَّريكَين (دَفَع العُقرَ إلى الْمُكاتَبة: صحَّ) دَفعُه؛ لأنه حَقُّها حالَ قِيامِ الكِتابةِ؛ لاختِصاصها بنَفسها، فإذا عَجَزت يُرَدُّ إلى الْمَولى؛ لأنه ظَهَر اختِصاصُه بها.

(وإن دَبَّر) الشَّريكُ (الثّاني) الأمةَ الْمَذكورةَ (ولم يَطَأها) أي الأمةَ (فعَجَزت) عن الكِتابة (بَطَل التَّدبيرُ، وهي) أي الأمةُ (أُمُّ ولَدٍ للأوَّل) بالإجماع، أما عندهما: فلأن الْمُستولِدَ يَملِكُها قبلَ العجزِ، وأما عنده: فلأنه بالعَجز ظَهَر أن كُلَّها أُمُّ ولَدٍ للأوَّل، وأن الثّانيَ لم يكن له فيها مِلكٌ، والْمِلكُ شَرطٌ لصِحّة التَّدبيرِ..

بخِلاف ثُبُوتِ النَّسَبِ؛ لأن الْمِلكَ من حيث الظّاهِرُ كافٍ لثُبُوت النَّسَبِ واستِحقاقِ الولَدِ بالغُرور، ولا كذلك التَّدبيرُ؛ فإنه لا يَثبُتُ بالشُّبُهات، ولهذا لو اشتَرى أمةً فدَبَّرها، ثم استُحِقَّت: بَطَل التَّدبيرُ، ولو استَولَدها فاستُحِقَّت: لم يَبطُل النَّسَبُ، وكان الولَدُ حُرًّا بالقِيمة، فكذا هنا، وهي أُمُّ ولَدٍ للأوَّل؛ لأنه يَملِكُ نَصيبَ شَريكِه، وكَمُل الاستيلادُ للإمكان.

(وضَمِن لشَريكه نِصفَ قِيمتِها) لأنه يَملِكُ نِصفَها بالاستيلاد على ما بَيَّنّا (و) ضَمِن (نِصفَ عُقرِها) لأنه وَطِئ جارِيةً مُشترَكةً بينهما، فيَجِبُ عليه العُقرُ بحِسابه (والولَدُ) يَكونُ (للأوَّل) لأن دَعواه قد صَحَّت، وهذا كُلُّه بالإجماع.

وإن كاتَباها فحَرَّرها أحَدُهما مُوسِرًا، فعَجَزت: ضَمِن لشَريكه نِصفَ قِيمتِها، ورَجَع به عليها.

(وإن كاتَباها) أي وإن كاتَبَ الشَّريكان الأمةَ (فحَرَّرها أحَدُهما) أي أعتَقها أحَدُهما حالَ كونِه (مُوسِرًا، فعَجَزت) عن الكِتابة (ضَمِن) الْمُعتِقُ (لشَريكه نِصفَ قِيمتِها) أي قِيمةِ الأمةِ (ورَجَع) الْمُعتِقُ (به) أي بنِصف القِيمةِ الذي ضَمِنه لشَريكه (عليها) أي على الأمة عند أبي حنيفةَ، وقالا: لا يَرجِعُ عليها، ويَستَسعيها السّاكِتُ إن كان الْمُعتِقُ مُعسِرًا.

وأصلُه: أن الإعتاقَ لا يَتجزَّأُ عندهما، والكِتابةُ لا تَمنَعُ العَتقَ، فعَتَقت كُلُّها للحال عندهما، وانفَسَخت الكِتابةُ، ثم السّاكِتُ يُضمِّنُ الْمُعتِقَ إن كان مُوسِرًا، ولا يَرجِعُ الْمُعتِقُ عليها.

ومن أصل أبي حنيفةَ: أن العَتقَ يَتجزَّأُ، فجاز إعتاقُ نِصفِ الْمُكاتَبةِ، ولا يُؤثِّرُ[1] الفَسادُ في نَصيب السّاكتِ زِيادةً على ما أوجَبته الكِتابةُ، فلا يَظهَرُ ما دامَت مُكاتَبةً، فلا يَضمَنُ الْمُعتِقُ قبلَ العجزِ؛ لعَدَم ظُهورِ أثَرِ الإعتاقِ فيها، فإذا عَجَزت ظَهَر أثَرُ العَتقِ فيها..

فكان للسّاكِت الخِياراتُ الْمَذكورةُ في العَتاقِ، وهي: إن كان الْمُعتِقُ مُوسِرًا فله أن يُعتِقَ، وإن شاء استَسعى العبدَ، وإن شاء ضَمَّن الْمُعتِقَ، فإذا ضَمَّن الْمُعتِقَ كان له أن يَرجِعَ على العَبد الْمُعتَقِ، وإن كان الْمُعتِقُ مُعسِرًا كان له خِيارُ العَتقِ أو الاستِسعاءِ، فافهَم.

(١) في سوى (هـ): ولا يورث. وانظر «التبيين» ٥/ ١٦٨.

عبدٌ لهما، دَبَّره أحَدُهما، ثم أَعتَقه الآخَرُ مُوسِرًا: للمُدبِّر أن يُضمِّنَ الْمُعتِقَ نِصفَ قِيمتِه، وإن حَرَّره أحَدُهما ثم دَبَّره الآخَرُ: لا يَضمَنُ الْمُعتِقُ.

(عبدٌ) مَملوكٌ (لهما) أي للاثنَين (دَبَّره أحَدُهما، ثم أَعتَقه) الشَّريكُ (الآخَرُ) حالَ كونِه (مُوسِرًا: للمُدبِّر) بكَسر الباءِ، وهو الشَّريكُ الذي دَبَّر العبدَ (أن يُضمِّنَ الْمُعتِقَ نِصفَ قِيمتِه) أي قِيمةِ العبدِ، وإن شاء يَستَسعي العبدَ، وإن شاء أعتَقه.

(وإن حَرَّره) أي وإن أعتَق العبدَ (أحَدُهما) أي أحدُ الشَّريكَين (ثم دَبَّره) الشَّريكُ (الآخَرُ: لا يَضمَنُ الْمُعتِقُ) وله أن يَستسعِيَ العبدَ أو يُعتِقَ عند أبي حنيفةَ؛ بِناءً على تَجزِّي التَّدبيرِ، وعندهما: إذا دَبَّره أحَدُهما فإعتاقُ الآخَرِ باطِلٌ؛ لأنه لا يَتجزَّأُ عندهما، فيَتملَّكُ نَصيبَ صاحِبِه بالتَّدبيرِ، ويَضمَنُ نِصفَ قِيمتِه، مُوسِرًا كان أو مُعسِرًا؛ لأنه ضَمانُ تَملُّكٍ، فلا يَختلِفُ بهما، ويَضمَنُ نِصفَ قِيمتِه قِنًّا؛ لأنه صادَفَه التَّدبيرُ وهو قِنٌّ.

وإن أعتَقه أحَدُهما أوَّلًا: فتَدبيرُ الآخَرِ باطِلٌ، فيعتِقُ كُلُّه، فلم يُصادِف التَّدبيرُ الْمِلكَ، وهو يَعتمِدُه، ويَضمَنُ نِصفَ قِيمتِه إن كان مُوسِرًا؛ لأن هذا ضَمانُ الإعتاقِ، فيَختلِفُ باليَسار والإعسارِ عندهما.

ثم قِيمةُ الْمُدبَّر.. قِيل: تُعرَفُ بالتَّقويم، وقِيل: يَجِبُ ثُلُثا قِيمتِه وهو قِنٌّ.

﴿ باب عجزِ الْمُكاتَبِ وموتِه وموتِ الْمَولى ﴾

مُكاتَبٌ عَجَز عن نَجمٍ، وله مالٌ سَيصِلُ: لم يُعجِّزه الحاكِمُ، إلى ثَلاثة أيّامٍ، وإلا عَجَّزه، وفَسَخها، أو سَيِّدُه برِضاه، ....

هذا (باب)

في بَيان أحكامِ (عجزِ الْمُكاتَبِ وموتِه وموتِ الْمَولى)

(مُكاتَبٌ عَجَز عن) أداء (نَجمٍ) وهو قِسطُ شَهرٍ مثلًا (وله) أي للمُكاتَب (مالٌ سَيصِلُ) إليه، بأن يَكونَ له عند النّاسِ شيءٌ من بَقِيّة الْمُعامَلاتِ (لم يُعجِّزه الحاكِمُ) في الحال، بل يُمهِلُه (إلى ثَلاثة أيّامٍ) لأنها مُدّةٌ مَضروبةٌ لإبلاء[1] الأعذارِ[2]، ولا يُزادُ على ذلك.

وعند مالِكٍ: مُدّةُ الإمهالِ تُفوَّضُ إلى رَأيِ الإمامِ، وعند الشّافعيِّ وأحمدَ: لو كان له مالٌ على غائبٍ مُدّةَ السَّفرِ لا يُؤخِّرُه، وفيما دونه يُؤخِّرُه إلى أن يَحضُرَ.

(وإلا) أي وإن لم يكن له مالٌ سَيصِلُ إليه في ثَلاثة أيّامٍ (عَجَّزه) الحاكِمُ (وفَسَخها) أي الكِتابةَ (أو) فَسَخها (سَيِّدُه برِضاه) أي برِضا الْمُكاتَبِ، وإن لم يَرضَ به العبدُ فلا بُدَّ من القَضاء بالفَسخ، وقِيل: يَنفرِدُ الْمَولى بالفَسخ، ولا يُشترَطُ رِضا الْمُكاتَبِ، والذي ذُكِر من مُدّة الإمهالِ هو عندهما.

---

(١) في سوى (أ) و(هـ): لإيلاء. ومعنى الإبلاء: الإظهار.

(٢) كإمهال الخصم للدفع، والمدين للقضاء، فلا يزاد عليه. «التبيين» ٥/ ١٦٩.

وعاد أحكامُ الرِّقِّ وما في يَده لسَيِّده.

وإن مات وله مالٌ: لم تُفسَخ، وتُؤدّى كِتابتُه من ماله، وحُكِم بعَتقه في آخِر حَياتِه.

وقال أبو يوسفَ: لا يُعجِّزُه حتى يَتَوالى عليه نَجمان؛ لقَول عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إذا تَوالى على الْمُكاتَب نَجمان رُدَّ في الرِّقِّ[1]، والأثَرُ فيما لا يُدرَكُ: كالخَبَر.

ولهما: ما رُوِي عن ابن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنَّ مُكاتَبًا له عَجَز عن نَجمٍ، فرَدَّه في الرِّقِّ[2]، وخبَرُ عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ليس فيه نفيُ[3] ما ذَكَرنا.

(و) إذا عَجَز الْمُكاتَبُ (عاد) إليه (أحكامُ الرِّقِّ) لأن فكَّ الحَجْرِ كان لأجْل عَقدِ الكِتابةِ، فلا يَبقى بدون العَقدِ (وما) أي الذي (في يَده) أي في يَد الْمُكاتَبِ الذي عَجَز (لسَيِّده) لأنه كَسبُ عبدِه.

(وإن مات) الْمُكاتَبُ (و) الحالُ أنه (له مالٌ: لم تُفسَخ) الكِتابةُ (وتُؤدّى كِتابتُه من ماله، وحُكِم بعَتقه في آخِر) جُزءٍ من أجزاء (حَياتِه)

---

(١) روى ابن أبي شيبة (٢١٤١٣) ثم البيهقي (٢١٧٦٠) عن الحارث عن علي قال: إذا تتابع على المكاتب نجمان، فدخل في السنة فلم يؤد نجومه: رد في الرق.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٦٤: غريب، وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢١٤١٥) ... أن ابن عمر كاتب غلامًا له على ألف دينار، فأداها إلا مائة: فرده في الرق. انتهى.

(٣) في (د) و(هـ): ليس فيه معنى ما ذكرنا.
قال في «التبيين» ٥/ ١٧٠: والمروي عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يفيد إثبات الفسخ؛ إذ توالى عليه نجمان، فلا ينفي ثبوت الفسخ قبله؛ لأن تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه، على ما عرف من القاعدة.

وإن تَرَكَ ولَدًا وُلِد في كِتابته، لا وَفاءً: يَسعى كأبِيه ....

وكذا يُحكَمُ بعَتق أولادِه، وما بَقِي من ماله فهو مِيراثٌ لوَرَثته، وهو قولُ ابنِ مَسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ[1]، وبه أخَذ عُلَماؤُنا.

وقال زيدُ بنُ ثابِتٍ: تَنفسِخُ الكِتابةُ بمَوته، ويَموتُ عبدًا[2]، وما تَرَك فهو لِمَولاه[3]، وبه أخَذ الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

(وإن تَرَك) الْمُكاتَبُ (ولَدًا وُلِد في كِتابته لا وَفاءً) أي لم يَترُك وَفاءً، يَعني: مالًا، ولم يَترُك سِوى ولَدِه: فإنه (يَسعى[4] كأبِيه) أي كما كان

(١) روى البيهقي (٢١٦٤٣) عن الشعبي عن زيد بن ثابت قال: المكاتب عبد ما بقي عليه درهم. فقال له -يعني الشعبي-: إن شريحًا كان يقضي فيها أن يؤدى إلى مواليه -يعني إذا مات المكاتب- ما بقي عليه من مكاتبته، وما بقي فلورثته! فقال: شريح يقضي فيها بقضاء عبد الله.
ورواه أيضًا (٢١٦٨٣) فقال: عن الشعبي قال: كان زيد بن ثابت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يقول: المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، لا يرث ولا يورث. وكان علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يقول: إذا مات المكاتب وترك مالًا قسم ما ترك على ما أدى وعلى ما بقي، فما أصاب ما أدى فللورثة، وما أصاب ما بقي فلمواليه. وكان عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يقول: يؤدى إلى مواليه ما بقي عليه من مكاتبته، ولورثته ما بقي.

(٢) في (أ): بموته وبموت عبده. وانظر «التبيين» ٥/ ١٧٠.

(٣) روى البيهقي (٢١٦٨١) عن ابن طاووس عن أبيه: أنه كان يقول: يُقضى عنه ما عليه، ثم لبنيه ما بقي. وقال عمرو بن دينار: ما أراه لبنيه. قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: يعني أنه لسيده والله أعلم، وبقول عمرو بن دينار هذا نقول، وهو قول زيد بن ثابت.
وروى (٢١٦٨٣) عن الشعبي قال: كان زيد بن ثابت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يقول: المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، لا يرث ولا يورث.

(٤) في (أ) و(ج) و(د): سعى.

على نُجومه، فإذا أدّى: حُكِم بعَتقه، وعَتقِ أبيه قبلَ موتِه.

ولو تَرَك ولَدًا مُشترًى: عَجَّل البدَلَ حالًّا، أو رُدَّ رَقيقًا، فإن اشترى ابنَه، فمات وتَرَك وَفاءً: وَرِثه ابنُه.

يَسعى أبُوه (على نُجومه) الْمُقسَّطةِ (فإذا أدّى) الابنُ الكِتابةَ (حُكِم بعَتقه وعَتقِ أبِيه قبلَ موتِه) يَعني: في آخِرِ جُزءٍ من أجزاء حَياتِه، وإنما يَعتِقُ الابنُ؛ لأنه داخِلٌ في كِتابة أبِيه، فيَعتِقُ بعَتقه.

(ولو تَرَك) الْمُكاتَبُ (ولَدًا مُشترًى) بأن كان اشتَراه في كِتابته ومات: فإنه (عَجَّل البدَلَ) أي يُعطي بدَلَ الكِتابةِ (حالًّا، أو رُدَّ) إلى حاله (رَقيقًا) إن لم يُعجِّل عند أبي حنيفةَ؛ لأن حُكمَ العَقدِ لم يَسْرِ إليه، لكنه إذا أدّى في الحال فقد ظَهَر أن أباه مات عن وَفاءٍ، وأن الكِتابةَ باقِيةٌ، وأنه مات حُرًّا، وقالا: هو كالْمَولود في الكِتابة[1]، وبه قال مالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ.

(فإن[2] اشتَرى) الْمُكاتَبُ (ابنَه، فمات وتَرَك وَفاءً: وَرِثه ابنُه) لأنه لما أدّى بدَلَ الكِتابةِ حُكِم بعَتقه في آخِرِ جُزءٍ من أجزاء حَياتِه، فيَتبَعُه ولَدُه في ذلك الوقتِ، فيَكونان حُرَّين، فيَظهَرُ أنه مات حُرًّا عن ابنٍ حُرٍّ.

---

(١) لأنه صار بمنزلته، حتى جاز للمولى إعتاقه كما يجوز إعتاق المكاتب بنفسه، بخلاف سائر أكساب المكاتب، فإنه لا يملك إعتاقه.
وللإمام: أن الأجل يثبت بالشرط في العقد فيثبت في حق من دخل تحت الكتابة، والمشترى لم يدخل تحت العقد؛ لأنه لم يضف إليه العقد، ولم يسر حكمه إليه؛ لكونه منفصلًا وقت الكتابة. «تكملة البحر» ٨/ ٧١.

(٢) في سوى (أ): وإن.

وكذا لو كان هو وابنُه مُكاتَبين كِتابةً واحِدةً.

ولو تَرَكَ ولَدًا من حُرّةٍ، ودَينًا فيه وَفاءٌ بِمُكاتَبته، فجَنى الولَدُ، فقُضِي به على عاقِلة الأُمِّ: لم يكن ذلك قَضاءً بعَجز الْمُكاتَبِ.

وإن اختَصَم مَوالِي الأُمِّ والأبِ في وَلائه، فقُضِي به لِمَوالي الأُمِّ: فهو

(وكذا) الحُكمُ في مِيراث الابنِ (لو كان هو) أي الْمُكاتَبُ (وابنُه[1] مُكاتَبَين كِتابةً واحِدةً) لأنهما صارا كشَخصٍ واحِدٍ، فإذا حُكِم بعَتق أحَدِهما في وقتٍ حُكِم بعَتق الآخَرِ في ذلك الوقتِ ضَرورةَ اتِّحادِ العَقدِ، فيَصيرُ حُرًّا مات عن ابنٍ حُرٍّ.

(ولو تَرَكَ) الْمُكاتَبُ (ولَدًا من) امرَأةٍ (حُرّةٍ، و) تَرَك (دَينًا فيه) أي في الدَّين (وَفاءٌ بِمُكاتَبته[2]، فجَنى الولَدُ، فقُضِي به) أي بما جَنى (على عاقِلة الأُمِّ: لم يكن ذلك قَضاءً بعَجز الْمُكاتَبِ) لأن هذا القَضاءَ يُقرِّرُ حُكمَ الكِتابةِ؛ لأنَّ مِن قَضِيّتها إلحاقَ الولَدِ بمَوالي الأُمِّ وإيجابَ العَقلِ عليهم، لكن على وجهٍ يَحتمِلُ أن يَعتِقَ، فيَنجرُّ الوَلاءُ إلى مَوالي الأبِ، والقَضاءُ بما تَقرَّر حُكمُه لا يَكونُ تَعجيزًا.

(وإن اختَصَم مَوالِي الأُمِّ والأبِ في وَلائه) أي في وَلاء ولَدِ[3] الْمُكاتَبِ (فقُضِي به) أي قَضى القاضِي بوَلائه (لِمَوالي الأُمِّ: فهو) أي فقَضاؤُه بذلك ....

(١) في سوى (ب): وابنين.

(٢) كذا في (أ) و(ب)، وفي (ج) و(د): لمكاتبه، وفي الباقي: لمكاتبته.

(٣) كذا في حاشية (د)، ومثله في (ز) و(ح)، وفي الباقي: ولاء المكاتب.

قَضاءٌ بالعَجز.

وما أدّى الْمُكاتَبُ من الصَّدَقات وعَجَز: طاب لسَيِّده.

(قَضاءٌ بالعَجز) أي بعَجز الْمُكاتَبِ؛ لأن هذا اختِلافٌ في الوَلاء مَقصودًا.. وذلك مبنيٌّ على بَقاء الكِتابةِ وانتِقاضِها؛ فإنها إذا فُسِخت مات عبدًا، واستَقرَّ الوَلاءُ على مَوالِي الأُمِّ، وإذا بَقِيت واتَّصلَ بها الأداءُ مات حُرًّا، وانتَقَلَ الوَلاءُ إلى مَوالِي الأبِ، وهذا فَصلٌ مُجتهَدٌ فيه، فيَنفُذُ ما يُلاقِيه من القَضاء، فلهذا كان تَعجيزًا.

وهذا كُلُّه فيما إذا مات الْمُكاتَبُ عن وَفاءٍ، فأُدِّيت الكِتابةُ، أو عن ولَدٍ فأدّاها، وأما إذا مات لا عن وَفاءٍ ولا عن ولَدٍ.. فاختَلَفوا في بَقاء الكِتابةِ، قال الإسكافُ: تَنفسِخُ، حتى لو تَطوَّع إنسانٌ بأداء بدَلِ الكِتابةِ عنه لا يُقبَلُ منه، وقال أبو اللَّيثِ: لا تَنفسِخُ ما لم يُقضَ بعَجزه، حتى لو تَطوَّع به إنسانٌ عنه قبلَ القَضاءِ بالفَسخ جاز، ويُحكَمُ بعَتقه في آخِر حَياتِه.

(وما أدّى الْمُكاتَبُ من الصَّدَقات) إلى مَولاه (وعَجَز: طاب لسَيِّده) لأن الْمِلكَ قد تَبدَّل، وتَبدُّلُ الْمِلكِ كتَبدُّل العَينِ، فصار كعَينٍ أُخرى، فإن الْمَولى يَتملَّكُه عِوَضًا عن العَين، والعبدُ يَتملَّكُه صَدَقةً، وكذا الفَقيرُ إذا استَغنى طاب له ما أَخَذه من الزَّكاة حالةَ الفَقرِ، وكذا ابنُ السَّبيلِ إذا أَخَذ الصَّدَقةَ، ثم وَصَل إلى ماله وفي يَده الصَّدَقةُ: تَحِلُّ له.

ولو عَجَز الْمُكاتَبُ قبلَ الأداءِ إلى الْمَولى يَطيبُ للمَولى عند محمدٍ، خِلافًا لأبي يوسفَ.

وإن جَنى عبدٌ، فكاتبَه سَيِّدُه جاهِلًا بها، فعَجز: دَفَع أو فَدى.

وكذا إن جَنى مُكاتَبٌ ولم يُقضَ به، فعَجَز، فإن قُضِي به عليه في كِتابتِه، فعَجَز: فهو دَينٌ بِيعَ فيه.

(وإن جَنى عبدٌ) على أحدٍ بجِنايةٍ (فكاتبَه سَيِّدُه) حالَ كونِه (جاهِلًا بها) أي بالجِناية (فعَجَز) العبدُ عن الكِتابة: فالْمَولى بالخِيار، إن شاء (دَفَع) العبدَ بالجِناية (أو) إن شاء (فَدى) العبدَ بالأَرْش[1]؛ لأنه لَمَّا كاتبَه وهو لا يَعلَمُ بالجِناية لَزِمه قِيمتُه؛ لأنه لم يَصِر مُختارًا للفِداء بالْمُكاتَبة من غَير عِلمٍ، وامتَنَع الدَّفعُ، فإذا عَجَز زال المانِعُ، فيُخيَّرُ.

(وكذا) الحُكمُ (إن جَنى مُكاتَبٌ ولم يُقضَ به) أي بمُوجَب الجِنايةِ (فعَجَز) عن الكِتابة: يُخيَّرُ الْمَولى أيضًا بين الدَّفعِ والفِداءِ؛ لأنه بالعَجز صار قِنًّا، وحُكمُ جِنايةِ[2] القِنِّ هذا.

(فإن قُضِي به) أي بمُوجَب الجِنايةِ (عليه) أي على الْمُكاتَب (في) حال (كِتابتِه، فعَجَز) عن الكِتابة (فهو) أي مُوجَبُ الجِنايةِ (دَينٌ) عليه (بِيعَ فيه) عندهما؛ لأن الحَقَّ انتَقَل من الرَّقَبة إلى القِيمة بالقَضاء.

وقال أبو يوسفَ: يَجِبُ عليه قِيمتُه، ولا يُباعُ، وبه قال زفرُ، لوُجود المانِعِ من الدَّفع وقتَ الجِنايةِ، وهو الكِتابةُ، فوَجَب أن يَكونَ مُوجَبُه القِيمةَ، ولا يَتغيَّرُ.

---

(١) في (د): بالدين.

(٢) في (د): وحكم بجنايته.

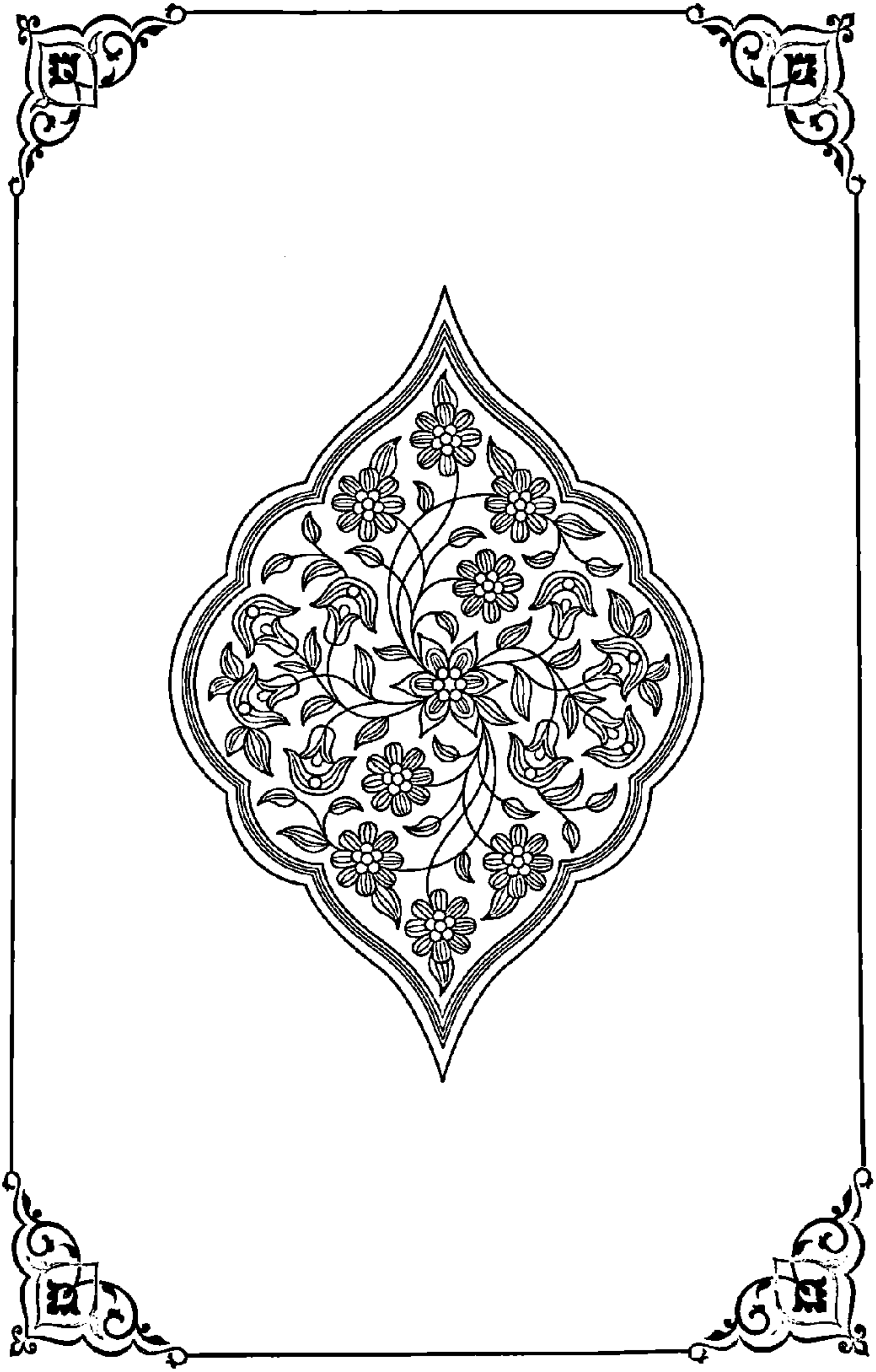
وإن مات السَّيِّدُ: لم تنفسِخ الكِتابةُ، ويُؤدِّي المالَ إلى وَرَثته على نُجومه، وإن حَرَّروه: عَتَق مَجّانًا، وإن حَرَّر البعضُ: لم يَنفُذ عَتقُه.

(وإن مات السَّيِّدُ لم تنفسِخ[1] الكِتابةُ) لأنها حَقُّ العبدِ، فلا تَبطُلُ بمَوت السَّيِّدِ، كالتَّدبير وأُمومِيّةِ الولَدِ (ويُؤدِّي) الْمُكاتَبُ (المالَ إلى وَرَثته) أي إلى وَرَثة سَيِّدِه (على نُجومه) لأن النُّجومَ حَقُّه؛ لأنه أصلٌ، وهو حَقُّ الْمَطلوبِ، فلا يَبطُلُ بمَوت الطّالبِ، كالأجَل في الدَّين، هذا إذا كاتَبَه وهو صَحيحٌ، ولو كاتَبَه وهو مَريضٌ لا يَصِحُّ تَأجيلُه إلا من الثُّلُث.

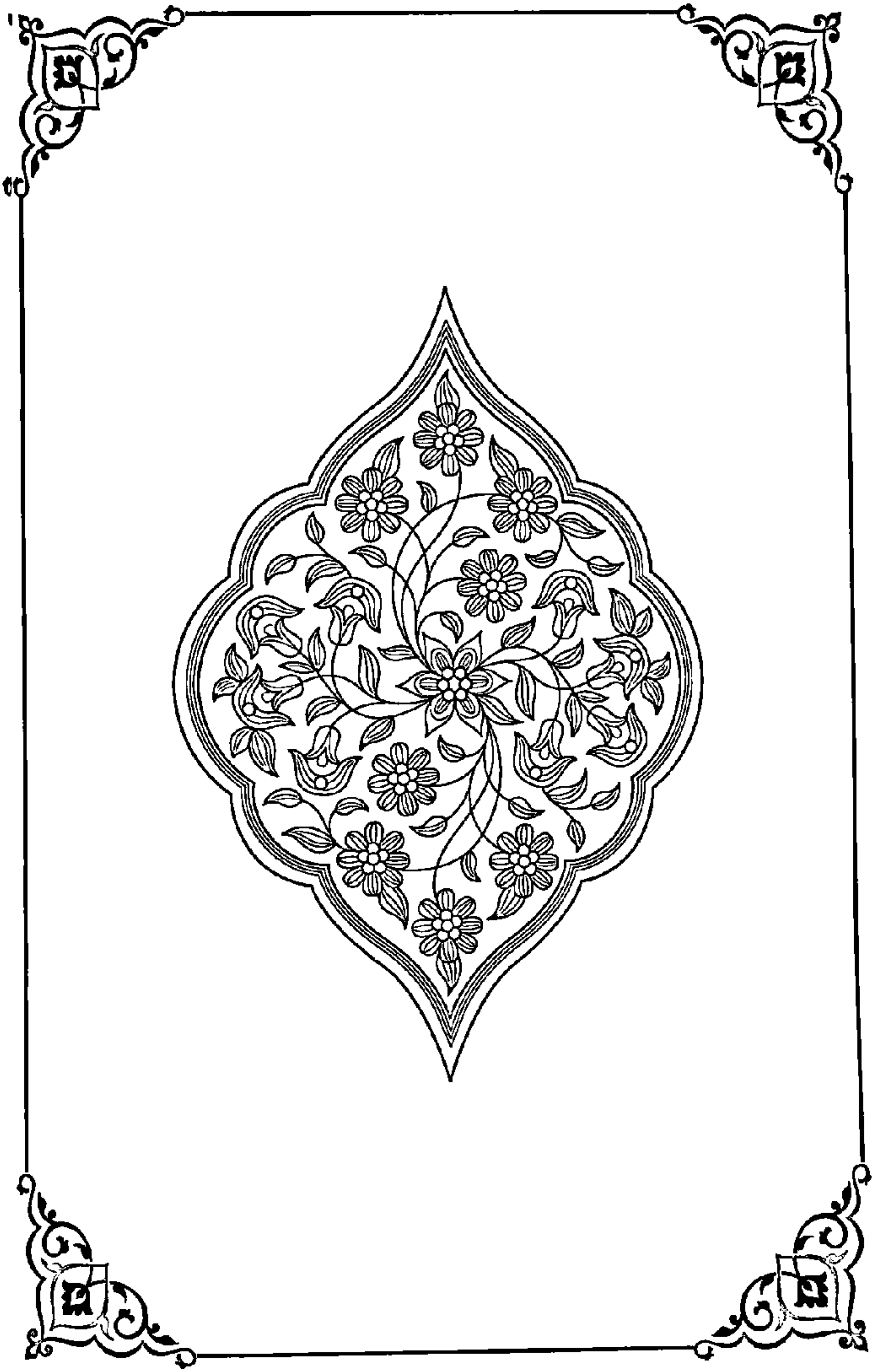
(وإن حَرَّروه) أي وإن حَرَّر الوَرَثةُ الْمُكاتَبَ (عَتَق) عَتقًا (مَجّانًا) وإن كان القِياسُ أن لا يَعتِقَ؛ لعَدَم مِلكِهم، ولكن يُجعَلُ هذا إبراءً منهم عن بَدَل الكِتابةِ، فإنه حَقُّهم، فإذا بَرِئ عَتَق.

(وإن حَرَّر البعضُ) أي بعضُ الوَرَثةِ، بأن أعتَقه بعضُهم (لم يَنفُذ عَتقُه) لأنه لم يَملِكه، ولا عَتْقَ فيما لا يَملِكُه ابنُ آدَمَ، ولا يُمكِنُ أن يُجعَلَ إبراءً ولا إقرارًا بالاستيفاء؛ لأن إبراءَ البعضِ أو استيفاءَه لا يُوجِبُ عَتْقَه؛ لتَعذُّر ثُبوتِ العَتقِ من جِهَته، فيَبطُلُ الْمُقتَضى، وهو الإعتاقُ، ولا يَبرأُ من الدَّين أيضًا؛ لأن البَراءةَ لم تَثبُت إلا اقتِضاءً، فإذا بَطَل الْمُقتَضي للإبراء بَطَل الْمُقتَضى أيضًا، بخِلاف إعتاقِ الجَميعِ كما تَقدَّم، واللهُ أعلمُ.

(١) في سوى (أ) و(هـ): لم تفسخ.



کتاب الولاء



كتاب الوَلاءِ

الوَلاءُ لمن أَعتَق، ولو بتَدبيرٍ، وكِتابةٍ، واستِيلادٍ، ....

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (الوَلاءِ)

هو بفَتح الواوِ، مُشتَقٌّ من الوَلاية بالفَتح، وهو النُّصرةُ والْمَحبّةُ؛ لأن في وَلاء العَتاقةِ والْمُوالاةِ تَناصُرًا ومَحبّةً، أو مِن الوَلْي، وهو القُربُ، وهي قَرابةٌ حُكمِيّةٌ حاصِلةٌ من العَتق، أو من الْمُوالاة، وهي الْمُتابَعةُ، لأن في وَلاء العَتاقةِ إرثًا يُوالي وُجودَ الشَّرطِ، وكذا في وَلاء الْمُوالاةِ.

وفي الشَّرع: هو عِبارةٌ عن التَّناصُر بوَلاء العَتاقةِ أو بوَلاء الْمُوالاةِ.

ومن آثاره[1]: الإرثُ، والعَقلُ[2].

(الوَلاءُ لمن أَعتَق) وهو لفظُ الحَديثِ، أخرَجه الأئِمّةُ السّتّةُ[3] عن عائِشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنها عن النَّبيِّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «الوَلاءُ لمن أَعتَق».

(ولو) كان العَتقُ (بتَدبيرٍ) بأن دَبَّر عبدَه فمات، وعَتَق من ثُلُثه (وكِتابةٍ) بأن كاتَب عبدَه، وأدّى بَدَلَ الكِتابةِ، فعَتَق (واستِيلادٍ) بأن استَولَد جارِيةً

---

(١) أي آثار التناصر.

(٢) أي عقل الجنايات.

(٣) البخاري (٤٥٦)، ومسلم (١٥٠٤)، وأبو داود (٢٩١٥)، والترمذي (٢١٢٤)، والنسائي (٢٦١٤)، وابن ماجه (٢٠٧٦).

وملكِ قَريبٍ.

وشَرْطُ السّائبةِ: لَغوٌ.

ولو أعتَق حامِلًا من زَوجها القِنِّ: لا يَنتقِلُ وَلاءُ الحَمْلِ عن مَولى الأُمِّ أبَدًا، ....

ومات: عَتَقت من جَميع مالِه (وملكِ قَريبٍ) بأن مَلَك أباه أو ابنَه بشِراءٍ، أو هِبةٍ، أو وَصِيّةٍ، أو نحوِ ذلك، فعَتَق عليه، وذلك لإطلاق الحَديثِ.

والمَرأةُ كالرَّجُل في جَميع ما ذَكَرنا؛ لقَوله عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلَامُ: «ليس للنِّساء من الوَلاء إلا ما أعتَقن...» الحَديثَ[1]، ولو أعتَق في دار الحَربِ وخَلّاه: لا وَلاءَ له عليه، حتى إذا خَرَجا إلينا مُسلِمَين لا يَرِثُه، خِلافًا لأبي يوسفَ.

(وشَرْطُ السّائبةِ لَغوٌ) بأن أعتَق عبدَه بشَرط أن لا يَرِثَه: كان الشَّرطُ لَغوًا؛ لأنه مُخالِفٌ للشَّرع، فيَرِثُه، كما في النَّسَب إذا شَرَط أن لا يَرِثَه، وعند أحمدَ: شرطُ السّائبةِ صَحيحٌ.

(ولو أعتَق) رجلٌ أمةً (حامِلًا من زَوجها القِنِّ: لا يَنتقِلُ وَلاءُ الحَمْلِ عن مَولى الأُمِّ أبَدًا) لأن الجَنينَ عَتَق بعَتق أُمِّه، وعَتَقت أُمُّه مَقصودًا، فكذا

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٥٤: غريب، وأخرجه البيهقي (٢١٥١١) عن علي، وعبد الله، وزيد بن ثابت، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ: أنهم كانوا يجعلون الولاء للكُبر من العصبة، ولا يورثون النساء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن. انتهى، وقال المصنف في «البناية» ١١/ ٢٤: لم يثبت عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وإنما أخرج البيهقي... إلى آخره وذكر ما ذكره الزيلعي.

فإن وَلَدت بعد عَتقِها لأكثرَ من سِتّة أشهُرٍ: فوَلاؤه لِمَولى الأمِّ، فإن أُعْتِق العبدُ: جَرَّ وَلاءَ ابنِه إلى مَواليه.

هو يَعتِقُ مَقصودًا؛ لأنه جُزءُ الأُمِّ، والْمَولى أوقَع العَتقَ على جَميع أجزائِها مَقصودًا، والوَلاءُ لا يَنتقِلُ من الْمُعتِق؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: **«الوَلاءُ لمن أَعتَق»**.

وإنما يُعرَفُ كونُ الحَمْلِ مَوجودًا عند العَتقِ: بأن تَلِدَه لأقلَّ من سِتّة أشهُرٍ من وَقت العَتقِ؛ لتَيقُّننا[1] وقتَ العُلوقِ.

(فإن وَلَدت) الأمةُ **(بعد عَتقِها لأكثرَ من سِتّة أشهُرٍ: فوَلاؤه لِمَولى الأُمِّ)** لأن الولَدَ جُزؤُها، فيَتبَعُها في الصِّفات الشَّرعيّةِ؛ ألا تَرى أنه يَتبَعُها في الحُرِّيّة والرِّقِّيّةِ، فكذا في الوَلاء.

(فإن أُعْتِق[2] العبدُ) وهو الأبُ **(جَرَّ وَلاءَ ابنِه إلى مَواليه)** لأن مَولى الأُمِّ لم يُعتِق الولَدَ هنا؛ لحُدوثه بعد إعتاقِها، وإنما نُسِب إليه الولَدُ تَبَعًا للأُمِّ؛ لتَعذُّر نِسبتِه إلى الأَب، فإذا أُعْتِق[3] الأبُ أمكَن نِسبتُه إليه، فجعلُه تَبَعًا له أَولى من جَعْله تَبَعًا للأُمِّ، فكذا الوَلاءُ، فيَنتقِلُ إلى مَوالي الأبِ، كوَلَد الْمُلاعَنةِ يُنسَبُ إلى قَوم الأُمِّ، ثم إذا أكذَب نفسَه يَنتقِلُ إلى الأَب.

(١) في (ح): ليتيقنا.
(٢) في سوى (أ) و(هـ): فإن عتق.
(٣) في سوى (أ) و(هـ): عتق.

عَجَمِيٌّ تَزَوَّج مُعتَقةً، فوَلَدت: فوَلاءُ ولَدِها لِمَواليها، وإن كان له وَلاءُ الْمُوالاةِ.

هذا إذا لم تكن مُعتَدّةً، وإن كانَت مُعتَدّةً، فجاءَت بولَدٍ لأكثَرَ من سِتّة أشهُرٍ من وَقت العَتقِ، ولأقلَّ من سَنتَين من وقت الفِراقِ: لا يَنتقِلُ وَلاؤُه إلى مَوالي الأبِ.

والأصلُ في ثُبوت جَرِّ الوَلاءِ: أنه مَرويٌّ عن عليٍّ وعمرَ وعبدِ اللهِ بن مسعودٍ وزَيدِ بنِ ثابتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ[1]، ولا يُعرَفُ لهم مُخالِفٌ.

(عَجَميٌّ) أي رجلٌ نِسبتُه إلى غَير العرَبِ (تَزوَّج مُعتَقةً، فوَلَدت) منه (فوَلاءُ ولَدِها لِمَواليها) أي لِمَوالي الْمُعتَقةِ (وإن كان له) أي للأب (وَلاءُ الْمُوالاةِ) أي وَلاءُ الْمُعاقَدةِ عندهما، وعند أبي يوسفَ: حُكمُ الولَدِ حُكمُ أبِيه في الوَجهَين، أي فيما إذا والى أحَدًا أو لم يُوالِ،

(١) روى الدارمي (٣٢٠٨) وابن أبي شيبة (٣١٥٣٧) عن الشعبي، عن علي وعمر وزيد قالوا: الوالد يجر ولاء ولده. انتهى، وذكر آثارًا أخرى بعد هذا عنهم أيضًا.
ورواه عبد الرزاق (١٦٢٧٦) وابن أبي شيبة (٣١٥٣٦) عن عمر، وعبد الرزاق عن علي (١٦٢٨٠)، وروى ابن أبي شيبة (٣١٥٣٨) عن الحارث عن علي قال: يرجع الولاء إلى موالي الأب إذا أعتق، وحدث أن عمر وعثمان قضيا به، وأن شريحًا لم يقض به ثم قضى به.
وروى عبد الرزاق (١٦٢٧٨) وابن أبي شيبة (٣١٥٤٣) عن الشعبي عن الأسود: أن شريحًا كان يقضي إذا كان الأب مملوكًا والأم حرة ولها أولاد قضى أن ولاء ما ولدت من زوجها مملوكًا لمولى الأم، وأنه وقع يومئذ، فلا ينتقل، حتى حدثه الأسود بن يزيد أن ابن مسعود قال: يجر الأب الولاء إذا أعتق. فقضى به شريح بعدُ.

والْمُعتِقُ مُقدَّمٌ على ذَوِي الأرحامِ، و ....

ولا يَكونُ وَلاءُ الولَدِ لِمَوالي الأُمِّ؛ لأنه كالنَّسَب، والنَّسَبُ إلى الأب وإن كانَت الأُمُّ أشرَفَ: لكَونه أقوى، فكذا الوَلاءُ.

ولهما: أن وَلاءَ العَتاقةِ قَوِيٌّ يُعتبَرُ في حقِّ تَرَتُّبِ الأحكامِ؛ ألا تَرى أنه يَترتَّبُ عليه الكَفاءةُ فيما بينهم بالنَّسَب، والقَوِيُّ لا يُعارِضُه الضَّعيفُ.

صُورةُ وَلاءِ الْمُوالاةِ: أن يَكونَ الأبُ كافِرًا، فأسلَم، فتَزوَّج بمُعتَقةٍ، ثم والى رجلًا: فإن وَلاءَ الولَدِ لمولى الأُمِّ[1]، وعند أبي يوسفَ: لِمَولى الأبِ.

وإنما لم يَذكُر العرَبَ كما قال القُدُوريُّ: (ومن تَزوَّج من العَجَم بمُعتَقةٍ من العَرَب): لأن الخِلافَ واقِعٌ في مُطلَق الحَقيقةِ[2]، وقيدُ القُدُوريِّ بالعَرَب اتِّفاقيٌّ.

وثَمَرةُ الخِلافِ تَظهَرُ فيما إذا مات هذا الولَدُ وتَرَك عَمَّةً أو غيرَها من ذَوِي الأرحامِ، ومُعتِقَ أُمِّه، أو عَصَبةَ مُعتِقِها: كان المالُ لِمُعتِق أُمِّه أو عَصَبتِه عندهما، وعند أبي يوسفَ: يَكونُ لذَوِي الأرحامِ.

(والْمُعتِقُ) بكَسر التّاءِ (مُقدَّمٌ على ذَوِي الأرحامِ، و) هو جمعُ ذو[3] الرَّحِمِ، وهو كُلُّ قَريبٍ ليس بذِي سَهمٍ ولا عَصَبةٍ، كأولاد البَناتِ،

---

(١) في سوى (أ): ولاء الولد إلى الأم.

(٢) في حاشية (ج): في بعض نسخ الأصل: حقيقة العرب، وفي (ح): في مطلق المعتقة.

(٣) في (أ): ذوو، وفي (ج) و(هـ): ذوي.

مُؤَخَّرٌ عن العَصَبة النَّسَبِيّةِ.

وأولادِ بَناتِ الابنِ، والأجدادِ السّاقِطينَ، والجَدّاتِ السّاقِطاتِ، وأولادِ الأخَواتِ، وبَناتِ الإخوةِ، وبَني الإخوةِ لأُمٍّ، والأعمامِ لأُمٍّ، والعَمّاتِ، والأخوالِ، والخالاتِ، على ما عُرِف في مَوضِعه.

(مُؤَخَّرٌ عن العَصَبة النَّسَبِيّةِ) وهو كُلُّ مَن يَأخُذُ ما أبقَتْه أصحابُ الفَرائضِ، وعند الانفِرادِ يَأخُذُ المالَ، كالابن، وابنِ الابنِ، والأبِ، والجَدِّ، والعَمِّ، وابنِ العَمِّ، وهو قولُ عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ[1]، وبه أخَذ عُلَماءُ الأمصارِ، وكان ابنُ مَسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يَقولُ: إنه مُؤَخَّرٌ عن ذَوِي الأرحامِ[2]، وبه أخَذ إبراهيمُ النَّخَعيُّ.

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٥٤: غريب عن علي، وأخرجه عبد الرزاق (١٦٢٠٧) عن زيد بن ثابت، فقال: أخبرنا معمر عن قتادة عن زيد بن ثابت: كان يورث الموالي دون ذوي الأرحام. انتهى.
وأخرج (١٦١٩٧) عن علي خلاف ذلك، فقال: أخبرنا الثوري أخبرني منصور عن حصين عن إبراهيم، قال: كان عمر، وابن مسعود يورثان ذوي الأرحام دون الموالي، قلت: فعلي بن أبي طالب؟ فقال: كان أشدهم في ذلك. انتهى.
قال المصنف في «البناية» ١١/ ٢٢: والذي ذكره هو المروي عن زيد بن ثابت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فأخرج عبد الرزاق في «مصنفه» (١٦٢٠٧) قال: أخبرنا معمر عن قتادة أن زيد بن ثابت كان يورث الموالي دون ذوي الأرحام. ولو قال المصنف: وهو المروي عن زيد بن ثابت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لكان أصح وأبعد من الخطأ. انتهى. قلت: في المطبوعة اليوم (المال) بدل (الموالي).
(٢) انظر التعليق السابق.

فإن مات الْمَولى، ثم مات الْمُعتَقُ: فمِيراثُه لأقرَب عَصَبةِ الْمَولى.

وليس للنِّساء من الوَلاء إلا ما أَعتقْنَ، أو أَعتَق مَن أَعتقْنَ، أو كاتَبْنَ، أو كاتَبَ مَن كاتَبْنَ، أو دَبَّرْنَ، أو دَبَّر مَن دَبَّرْنَ.

(فإن مات الْمَولى، ثم مات الْمُعتَقُ) بفَتح التّاءِ (فمِيراثُه) أي مِيراثُ الْمُعتَقِ (لأقرَب عَصَبةِ الْمَولى) يُقدَّمُ الأقرَبُ فالأقرَبُ، حتى لو تَرَك أَبا مَولاه وابنَ مَولاه: كان الوَلاءُ للابن، ولو تَرَك جَدَّ مَولاه وأخا مَولاه: كان الوَلاءُ للجَدّ؛ لأنه أقرَبُ في العُصوبة، وفي الأَوَّل خِلافُ أبي يوسفَ، فإنه يُعطي للأَب السُّدُسَ، والباقِيَ للابن، وفي الثّاني خلاف مَن يَرى تَوريثَ الإخوةِ مع الجدِّ.

وكذا الوَلاءُ لابن الْمُعتِقةِ دون أخِيها، وعَقلُ جِنايتِها على أخِيها؛ لأنه من قَوم أَبِيها، وجِنايةُ مُعتَقِها كجِنايتها، فتَكونُ عليهم.

(وليس للنِّساء من الوَلاء إلا ما أَعتَقْنَ أو أَعتَق مَن أَعتقْنَ، أو كاتَبْنَ أو كاتَبَ مَن كاتَبْنَ، أو دَبَّرْنَ أو دَبَّر مَن دَبَّرْنَ) قال صاحِبُ «الهِدايةِ»: بهذا اللَّفظِ وَرَد الحَديثُ عن النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ، وفي آخِره: «أو جَرَّ وَلاءَ مُعتَقِهنَّ»[1].

قُلتُ: هذا الحَديثُ مُنكَرٌ لا أصلَ له، وإنما الْمَرويُّ عن جَماعةٍ من الصَّحابةِ رَضِيَ اللهُ عَنهُم: ما خَرَّج[2] البَيهَقيُّ عن علي وابنِ مَسعودٍ وزَيدِ بنِ

---

(١) تقدم تخريجه وأنه غريب.

(٢) في (ب) و(د): فأخرج.

ثابِتٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: أنهم كانوا لا يُورِّثون النِّساءَ من الوَلاء إلا ما أعتَقْنَ أو أعتَق مَن أعتَقْنَ[1].

وأخرَجَ ابنُ أبي شَيبةَ في «مُصنَّفه» عن عليٍّ وعمرَ وزَيدٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ: أنهم كانُوا لا يُورِّثون النِّساءَ من الوَلاء إلا ما أعتَقْنَ[2]، وأخرَج عبدُ الرَّزّاقِ في «مُصنَّفه»: عن الحسَنِ بنِ عُمارةَ، عن الحَكَم عن يَحيى بنِ الجَزّارِ، عن عليِّ بنِ أبِي طالِبٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: لا تَرِثُ النِّساءُ من الوَلاء إلا ما كاتَبْنَ أو أعتَقْنَ[3].

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ابن أبي شيبة (٣١٥٠٤).

(٣) عبد الرزاق (١٦٢٦٣).

فصلٌ في بَيان وَلاءِ الْمُعاقَدةِ

أَسلَم رجلٌ على يَد رجلٍ، ووالاه على أن يَرِثَه ويَعقِلَ عنه، أو على يَد غيرِه ووالاه: صحَّ، وعَقلُه على مَولاه، وإرثُه له إن لم يكن له وارِثٌ. وهو آخِرُ ذَوِي الأرحامِ.

هذا (فصلٌ) في بَيان وَلاءِ الْمُعاقَدةِ

(أَسلَم رجلٌ على يَد رجلٍ، ووالاه) بأن قال: أنت مَولاي، تَرِثُني إذا مِتُّ، وتَعقِلُ عنِّي إذا جَنَيتُ، فيَقبَلُ الآخَرُ: فذلك عَقدٌ صَحيحٌ، وأشار إليه بقَوله: (على أن يَرِثَه) أي الرَّجُلُ إذا مات هو (و) أن (يَعقِلَ) الرَّجُلُ (عنه) أي عن الذي أسلَم على يَده، أي يُؤدِّيَ الجِنايةَ عنه إذا جَنى (أو) أسلَم (على يَد غيرِه) أي غيرِ الرَّجُلِ الْمَذكورِ (ووالاه) أي الرَّجُلَ الْمَذكورَ، مَعناه: أنه أسلَم على يَد رجلٍ ووالى غيرَه (صحَّ) هذا الفِعلُ.

(و) إذا صحَّ يَكونُ (عَقلُه) أي جِنايتُه (على مَولاه) الذي أسلَم على يَده ووالاه، أو الذي والاه وكان قد أسلَم على يَد غيرِه (وإرثُه) أي مِيراثُه (له) أي للذي والاه إذا مات (إن لم يكن له) أي للذي والى غيرَه (وارِثٌ) من النَّسَب.

(وهو) أي القابِلُ للمُوالاة (آخِرُ ذَوِي الأرحامِ) مَعناه: أنه مُؤخَّرٌ عنهم؛ لأن ذَوِي الأرحامِ يَرِثون بالقَرابة، وهي أقوى وآكَدُ من الوَلاءِ؛ لأنها لا تَقبَلُ النَّقضَ، والوَلاءُ يَقبَلُه، بخِلاف الزَّوجَين؛ حيث يَرِثُ

....

معهما؛ لأنهما بعد الموتِ كالأجانِب، ولهذا لا يُرَدُّ عليهما، فإذا أخَذا حَقَّهما صار الباقِي خاليًا عن الوارِث، فيَكونُ لِمَولى الْمُوالاةِ.

وعند الثَّلاثةِ: لا اعتِبارَ بهذا الوَلاءِ أصلًا؛ لأن سبَبَ الإرثِ الفَرضُ أو التَّعصيبُ، ولهذا لا مِيراثَ لذَوِي الأرحامِ.

ولنا: قولُه تَعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ[1] أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٣٣]، فأوجَبَ نقْلَ الْمِيراثِ بالْمُعاقَدة، وهذا لا يَكونُ إلا بالْمُوالاة.

ثم شرطُ صِحّةِ هذه الْمُوالاةِ أن يُشترَطَ الْمِيراثُ والعَقلُ[2]؛ لأن هذا العَقدَ يَقَعُ على ذلك، فلا بُدَّ من ذِكره في العَقد، ولو شَرَط الإرثَ في[3] الجانِبَين كان كذلك، فيَتَوارَثان، بخِلاف وَلاءِ العَتاقةِ؛ حيث لا يَرِثُ إلا الأعلى.

ومِن شَرْطه: أن يَكونَ مَجهولَ النَّسَب، وأن لا يَكونَ عليه وَلاءُ عَتاقةٍ، ولا وَلاءُ مُوالاةٍ قد عُقِل عنه، وأن يَكونَ حُرًّا عاقِلًا بالِغًا.

ويَدخُلُ فيه أولادُه ومَن يُولَدُ له بعد عَقدِ الْمُوالاةِ.

ولو عَقَد معَ الصَّغير أو العبدِ لا يَجوزُ إلا بإذن الأبِ والْمَولى، وعند البعضِ: لا يُشترَطُ أن يَكونَ مَجهولَ النَّسَب.

---

(١) في (ج) و(د) و(هـ): عاقدت، والمثبت من (أ).
(٢) في (ج): العقد.
(٣) في سوى (أ): من.

وله أن يَنتقِلَ عنه إلى غَيره بمَحضَرٍ من الآخَر، ما لم يَعقِل عنه.
وليس للمُعتَق أن يُوالِيَ أحَدًا.
ولو والَت امرَأةٌ فوَلَدت: تَبِعها فيه.

ويُشترَطُ أن لا يَكونَ الأسفَلُ عَرَبيًّا؛ لأن تَناصُرَ العرَبِ بالقَبائِل، فأغنى عن الْمُوالاة، وكونُه أسلَم على يَده ليس بشَرطٍ لصِحّة هذا العَقدِ، كما ذَكَرنا.

(**وله**) أي للمُوالِي (**أن يَنتقِلَ عنه**) أي عن الذي قَبِل الْمُوالاةَ (**إلى غَيره بمَحضَرٍ من الآخَر، ما لم يَعقِل**) القابِلُ (**عنه**) لأن العَقدَ غيرُ لازمٍ، كالوَصِيّة والوَكالةِ، فلكُلٍّ واحِدٍ منهما أن يَنفرِدَ بفَسخه بعِلم صاحِبه، وإن كان الآخَرُ غائِبًا لا يَملِكُ فسْخَه وإن كان غيرَ لازمٍ؛ لأن العَقدَ تمَّ بهما، كما في الشِّركة والْمُضارَبةِ والوَكالةِ.

وأما إذا عَقَل عنه: فليس له أن يَتحوَّلَ إلى غَيره؛ لتَأكُّده بتَعلُّق حَقِّ الغيرِ به، وكذا إذا عَقَل عن وَلَده لم يكن لكُلٍّ منهما أن يَتحوَّلَ إلى غَيره؛ لأنهما كشخصٍ واحِدٍ في حُكم الوَلاءِ.

(**وليس للمُعتَق**) بفَتح التّاءِ (**أن يُوالِيَ أحَدًا**) لأن وَلاءَ العَتاقةِ لازِمٌ لا يَحتمِلُ النَّقضَ، والإرثُ بوَلاء العَتاقةِ مُقدَّمٌ على الإرث بوَلاء الْمُوالاةِ؛ ألا تَرى أن شخصًا لو مات وتَرَك مَولًى أعتَقه ومَولى مُوالاةٍ.. كان المالُ للمُعتِق.

(**ولو والَت امرَأةٌ**) رجلًا بشُروطها (**فوَلَدت**) ولَدًا لا يُعرَفُ له أبٌ (**تَبِعها**) أي تَبِع الوَلَدُ أُمَّه (**فيه**) أي في عَقد الْمُوالاةِ، ....

....

ويَصيران مَولى[1] فُلانٍ، وكذا لو أقَرَّت أنها مَولاةُ فُلانٍ ومعها صَغيرٌ لا يُعرَفُ له أبٌ: صحَّ إقرارُها على نَفسها، وتَبِعها ولَدُها، وهذا عند أبي حنيفةَ.

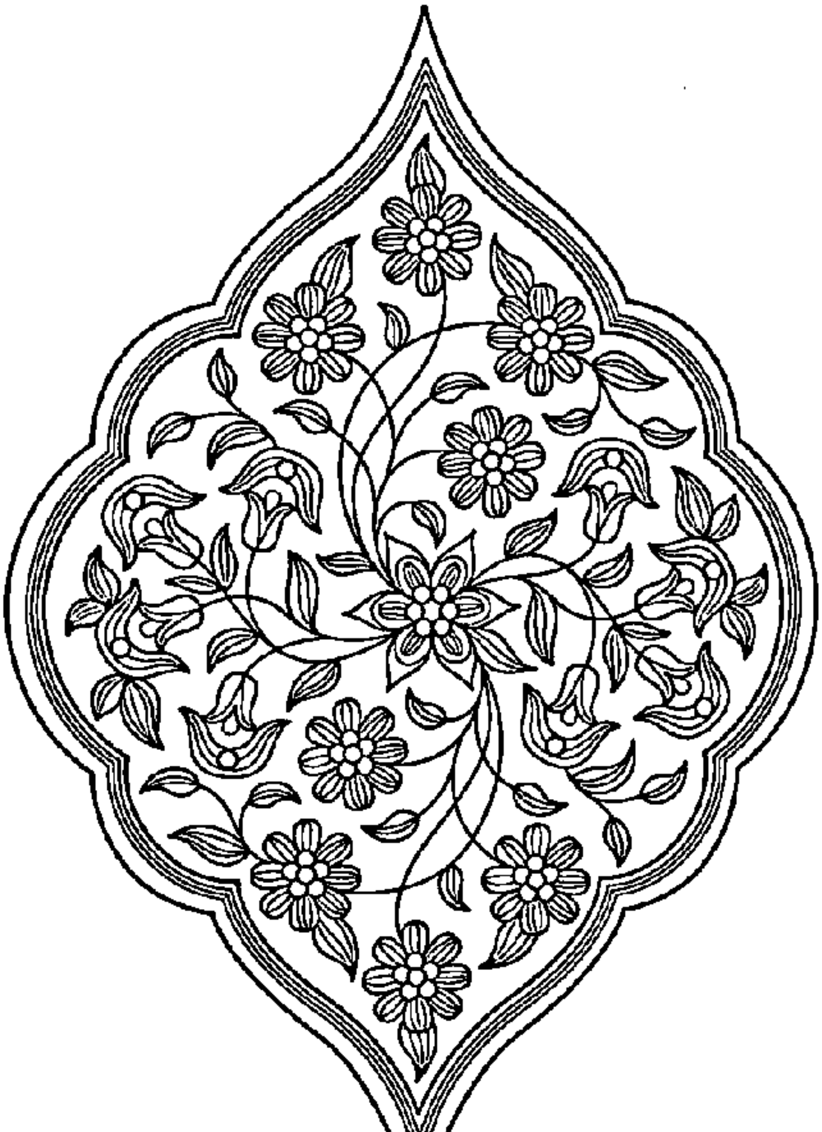
وقالا: لا يَتبَعُها ولَدُها في الصُّورتَين؛ لأن الأُمَّ لا وِلايةَ لها في ماله، فأَنْ لا يَكونَ لها في نَفسه أولى.

وله: أن الوَلاءَ كالنَّسَب، وهو نَفعٌ مَحْضٌ في حقِّ الصَّغيرِ الذي لم يُدرَ له أبٌ، فتَملِكُه الأُمُّ، كقَبول الهِبةِ، واللهُ أعلمُ.

---

(١) في (أ): مولبي. وانظر «التبيين» ٥/ ١٨١.

كتاب الإكراه



كِتاب الإكراهِ

هو: فِعلٌ يَفعَلُه الإنسانُ بغَيره، فيَزولُ به الرِّضا.

وشُرِط: قُدرةُ الْمُكرِهِ على تَحقيق ما هَدَّد به، سُلطانًا كان أو لِصًّا، وخَوفُ الْمُكرَهِ وُقوعَ ما هَدَّد به.

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (الإكراهِ)

هو في اللُّغة: الإجبارُ، وفي الشَّرع: (هو) أي الإكراهُ (فِعلٌ يَفعَلُه الإنسانُ بغَيره فيَزولُ به) أي بسَبَب هذا الفِعلِ (الرِّضا) أي رِضا ذلك الغيرِ.

(وشُرِط[١] قُدرةُ الْمُكرِهِ) بكَسر الرّاءِ (على تَحقيق) أي إيجادِ (ما هَدَّد) أي خَوَّف (به) سواءٌ (سُلطانًا كان) الْمُكرِهُ (أو لِصًّا، و) شُرِط[٢] أيضًا (خَوفُ الْمُكرَهِ) بفَتح الرّاءِ (وُقوعَ ما هَدَّد) الْمُكرِهُ (به) بأن غَلَب على ظنِّه أنه يَفعَلُه، فإن غَلَب على ظنِّه أنه لا يَفعَلُه لم يكن مُكرَهًا.

وما ذَكَره صاحِبُ «الْمَنظومةِ» من قَوله:

وقال: لا إكراهَ إلا مِن مَلِكْ وحَقَّقا من كُلِّ عالٍ مُنهَمِكْ فبِناءٌ على اختِلاف الزَّمانِ، ولا اختِلافَ في الحَقيقة.

---

(١) في (أ): وشرطه.

(٢) في (أ): وشرطه.

فلو أُكرِه على بَيعٍ، أو شِراءٍ، أو إقرارٍ، أو إجارةٍ. . بقَتلٍ، أو ضَربٍ شَديدٍ، أو حَبسٍ مَديدٍ: خُيِّر بين أن يُمضِيَ البَيعَ أو يَفسَخَه.

ويَثبُتُ به الْمِلكُ عند القبضِ؛ للفَساد.

(فلو أُكرِه على بَيعٍ، أو شِراءٍ[1] أو إقرارٍ، أو إجارةٍ.. بقَتلٍ) بأن قال له: إن لم تَبِع هذا العبدَ -مثلًا- قَتلتُكَ، أو: إن لم تَشترِ هذا، أو: إن لم تُقِرَّ لي بألفٍ -مثلًا- قَتلتُكَ، أو: إن لم تُؤجِرني دارَك هذه قَتلتُكَ (أو) أكرِه على هذه الأشياءِ بنَحو (ضَربٍ شَديدٍ، أو حَبسٍ مَديدٍ) أي طَويلٍ..

(خُيِّر) الْمُكرَهُ (بين أن يُمضِيَ البَيعَ أو يَفسَخَه) يَعني: بعد زَوالِ الإكراهِ؛ لأن صِحّةَ هذه العُقودِ تَعتمِدُ التَّراضِيَ، والإكراهُ يُعدِمُه، فيَفوتُ شرطُ صِحّةِ العَقدِ، فيَفسُدُ، وكذلك الإقرارُ؛ لأنه حُجّةٌ مُرَجِّحةٌ لجانِبِ الصِّدقِ على الكَذِب، فإذا أُكرِه احتَمَل أنه كَذَب في إقراره دَفعًا لضَرَرِ الإكراهِ، فلا يَثبُتُ.

وقولُه: (بضَربٍ شَديدٍ) إشارةٌ إلى أنه إذا أُكرِه بضَرب سَوطٍ لم يكن مُجْبَرًا[2]، وكذلك إذا أُكرِه بحَبس يومٍ أو قَيدِ يومٍ.

(ويَثبُتُ به) أي بالبَيع ونحوِه مُكرَهًا (الْمِلكُ) للمُشتَري ونحوِه (عند القبضِ) أي قبضِ الْمَبيعِ (للفَساد) أي لأجْل الفَسادِ، أي لكَونه فاسِدًا؛ لأن مُقتَضى العَقدِ الفاسِدِ ثُبوتُ الْمِلكِ عند القبضِ.

---

(١) في (أ): على بيع أو إبراء.

(٢) في سوى (أ): لم يكن مخيَّرًا.

....

وقال زفرُ: لا يَثبُتُ به الْمِلكُ؛ لأنه بَيعٌ مَوقوفٌ، وليس بفاسِدٍ؛ ألا تَرى أنه لو أجاز بعد زَوالِ الإكراهِ جاز، ولو كان فاسِدًا لما جاز.

ولنا: أن رُكنَ البَيعِ -وهو الإيجابُ والقَبولُ- صَدَر من أهله مُضافًا إلى محَلِّه، والفَسادُ لعَدَم شَرطِه، وهو التَّراضي، وفَواتُ الشَّرطِ تَأثيرُه في فَساد العَقدِ لا التَّوقُّفِ، وإنما نَفَذ بالإجازة: لارتِفاع الْمُفسِدِ، وهو عدَمُ التَّراضي، فصار كسائِر البِياعاتِ الفاسِدةِ، إلا أنه لا يَنقطِعُ به حقُّ استِردادِ الْمَبيعِ وإن تَداولَتْه الأيدِي.

بخِلاف سائرِ البِياعاتِ الفاسِدةِ؛ لأن الفَسادَ فيها لحَقِّ اللهِ تَعالى، وقد تَعلَّق بالبَيع الثّاني حَقُّ العبدِ، وحقُّه مُقدَّمٌ؛ لحاجته، بإذنه، أما هنا: الرَّدُّ لحَقِّ العبدِ، وهما سواءٌ، فلا يَبطُلُ حقُّ الأوَّلِ بحقِّ الثّاني.

ومن مَشايخ بُخارى مَنْ جَعَل بيعَ الوَفاءِ كبَيع الْمُكرَهِ[1]، منهم: الإمامُ ظَهيرُ الدِّينِ، والصَّدرُ الشَّهيدُ حُسامُ الدِّينِ، والصَّدرُ السَّعيدُ تاجُ الإسلامِ[2].

---

(١) أي فكان للبائع حق نقض بيع المشتري وهبته؛ لأنه بيعٌ بشرط فاسد. اهـ «غاية». شلبي ٥/ ١٨٣.

(٢) أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة، المعروف ولده برهان الأئمة، وأخو عمر بن عبد العزيز الملقب بالصدر والشهيد حسام الدين، أحد مشايخ صاحب «الهداية»، قال الإمام برهان الدين أبو الحسن علي صاحب «الهداية»: أجازني رواية مسموعاته ومستجازاته مشافهة ببخارى، وشرفني بخط يده. «الجواهر المضية» ١/ ٧٤. =

....

وصُورتُه: أن يَقولَ البائعُ للمُشتَري: بِعتُ منك هذا العَينَ بدَينٍ لك عليَّ، على أنِّي متى قَضَيتُ الدَّينَ الذي لك عليَّ فهو لي، فجَعَلوه فاسِدًا باعتِبار شرطِ الفَسخِ عند القُدرةِ على إيفاء الثَّمَنِ.

ومنهم مَن جَعَله رَهنًا، منهم: السَّيِّدُ الإمامُ أبو شُجاعٍ(١)، وعليٌّ السُّغْديُّ، والقاضِي الإمامُ الحسَنُ الماتُريدِيُّ(٢)، فإذا كان رَهنًا: لا يَملِكُه، ولا يَنتفِعُ به، وأيُّ شيءٍ أكَل من زَوائِده يَضمَنُ، ويَرُدُّه عند

= ونص على كونه المقصود من تاج الإسلامِ أحمدَ بنَ عبد العزيز: الشلبيُّ في «حاشيته» ٥/ ١٨٣.

(١) أبو شجاع: ذكره الخاصي في مسألة إذا شرع في الصلاة على رسول الله ﷺ بعد الفراغ من التشهد ناسيًا، ثم تذكر فقام إلى الثالثة، قال السيد الإمام أبو شجاع والقاضي الماتريدي: عليه سجود السهو، كما هو جواب مشايخنا، غير أن السيد الإمام قال: إذا قال اللهم صل على محمد.. وجب، وقال القاضي الماتريدي: لا يجب ما لم يقل مع ذلك: وعلى آل محمد.
وأبو شجاع هذا والقاضي الماتريدي كانا في زمن الإمام علي السغدي، ومات السغدي سنة إحدى وستين وأربعمائة. «الجواهر المضية» ٢/ ٢٥٤.
وتردد محقق «الجواهر» (ط الرسالة ٤/ ٣٠٧) في كونه محمد بن أحمد بن حمزة، ولكنه بعيد والله أعلم، إذ هذه الكنية لعدد من أئمتنا ويصعب الترجيح بينهم عند كل مسألة إلا بالقرائن الواضحة، كالمذكورة هنا.

(٢) القاضي الماتريدي، الحسن، كان رفيقًا لأبي شجاع وعلي السغدي، وكان المعتبر في زمنهم اتفاقهم على الفتوى، لا ينظر إلى من خالفهم، وإليهم انتهت رياسة أصحاب الإمام. «الجواهر المضية» ٢/ ٣٤٤، لكن سماه ثمة الحسين، وسماه الحسن الكفوي واللكنوي.

....

قَضاءِ الدَّينِ، ولو استَأجَره البائِعُ لا تَلزَمُه أُجرتُه، كالرّاهِنِ إذا استَأجَر الْمَرهونَ وانتَفَع به، ويَسقُطُ الدَّينُ بهَلاكه، فيَثبُتُ فيه جَميعُ أحكامِ الرَّهنِ(١).

ومن مَشايِخ سَمَرْقَنْدَ مَن جَعَله بَيعًا جائِزًا مُفيدًا بعضَ أحكامِه، منهم: الإمامُ نجمُ الدِّينِ النَّسَفِيُّ، وقال صاحِبُ «النِّهايةِ»(٢): وعليه الفَتوى.

ومن الْمَشايِخ مَن جَعَله باطِلًا، اعتَبَره بالهازِل، وفي «الكافِي»: والصَّحيحُ أن العَقدَ إن كان بلَفظ البَيعِ لا يَكونُ رَهنًا.

ثم إن ذَكَرا شرْطَ الفَسخِ فيه فَسَد، وإلا.. فإن تَلفَّظا بلَفظ البَيعِ بشَرط الوَفاءِ، أو بلَفظ البَيعِ الجائزِ، -وعندهما(٣) هذا عِبارةٌ عن بَيعٍ غيرِ لازِمٍ-: فكذلك، وإن ذَكَرا البَيعَ من غَير شَرطٍ، ثم ذَكَرا الشَّرطَ على وَجه الْمُعتادِ: جاز البَيعُ، ويَلزَمُه الوَفاءُ بالْمِيعاد، وهذا البَيعُ مَوجودٌ في مِصرَ(٤)، ....

---

(١) قال في «الجواهر المضية» ٢/ ٢٥٤ عن اجتماع هؤلاء الثلاثة الفضلاء على فتوى: وكان إذا وقع منهم فتوى واتفاق على مسألة ربما يقول بعضهم لبعض: نجمع المشايخ والأئمة ونتفق على هذا، ويظهر فيما بين الناس، فيقول بعضهم لبعض: المعتبر فتوانا، فمن خالف فليبرز وليقم دليله.

(٢) في (د): الهداية.

(٣) أي العاقدَين.

(٤) في سوى (أ): المصر. وقال الشلبي ٥/ ١٨٤: قوله: (وهذا البيع موجود في مصر) الذي بخط الشارح: المصر. اهـ.

وقبضُ الثَّمَنَ طَوعًا: إجازةٌ، كالتَّسليم طائِعًا.

ويُسَمُّونه بَيعَ الأمانةِ[1].

(وقبضُ) الْمُكرَهِ (الثَّمَنَ) حالَ كونِه (طَوعًا) أي طائِعًا (إجازةٌ) للبَيع (كالتَّسليم) أي كتَسليم البائعِ الْمُكرَهِ الْمَبيعَ حالَ كونِه (طائِعًا) لأن القَبضَ أو التَّسليمَ طائِعًا دَليلُ الرِّضا، وهو الشَّرطُ..

بخِلاف ما إذا أُكرِه على الهِبة دون التَّسليمِ وسَلَّم؛ حيث لا يَكونُ إجازةً، ولو سَلَّم طائِعًا؛ لأن غرَضَ الْمُكرِهِ إنما هو استِحقاقُ الْمَوهوبِ له، لا مُجرَّدُ لفظِ الهِبةِ، والاستِحقاقُ لا يَثبُتُ فيها بدُون التَّسليمِ، فكان التَّسليمُ فيها داخِلًا في الإِكراه، والإِكراهُ في البَيع يَثبُتُ بنَفس العَقدِ، فلم يكن التَّسليمُ فيه داخِلًا في الإِكراه، فافتَرَقا.

---

(١) قال العلامة ابن عابدين رَحِمَهُ اللَّهُ في «رد المحتار» ٥/ ٢٧٦: مطلب في بيع الوفاء: ووجه تسميته بيع الوفاء: أن فيه عهدًا بالوفاء من المشتري بأن يَرُدّ المبيع على البائع حين رد الثمن، وبعض الفقهاء يسميه البيع الجائز، ولعله مبني على أنه بيع صحيح لحاجة التخلص من الربا، حتى يسوغ للمشتري أكل ريعه، وبعضهم يسميه بيع المعاملة، ووجهه أن المعاملة ربح الدين، وهذا يشتريه الدائن لينتفع به بمقابلة دينه.
وصورته: أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بما لك علي من الدين، على أني متى قضيته فهو لي. اهـ وفي «حاشية الفصولين» عن «جواهر الفتاوى»: هو أن يقول: بعت منك على أن تبيعه مني متى جئت بالثمن، فهذا البيع باطل، وهو رهن، وحكمه حكم الرهن، وهو الصحيح. اهـ فعلم أنه لا فرق بين قوله على أن ترده عليَّ أو على أن تبيعه مني. انتهى بتصرف يسير.
وهذا البيع كما قال كثير من الفقهاء ومنهم سيدي الشيخ محمد نجيب سراج الدين رَحِمَهُ اللَّهُ: لم يتعامل به أحد وأفلح.

وإن هَلَك الْمَبيعُ في يَد الْمُشتَري، وهو غَير مُكرَهٍ، والبائِعُ مُكرَهٌ: ضَمِن قِيمتَه للبائع.

وللمُكرَه أن يُضمِّنَ الْمُكرِهَ.

(وإن هَلَك الْمَبيعُ في يَد الْمُشتَري وهو) أي والحالُ أنه (غَير مُكرَهٍ) بفَتح الرّاءِ (والبائِعُ مُكرَهٌ) بفَتح الرّاءِ (ضَمِن) الْمُشتَري (قِيمتَه) أي قِيمةَ الْمَبيعِ (للبائع) لأنه قَبَضه بعَقدٍ فاسِدٍ، فكان مَضمونًا عليه بالقِيمة.

(وللمُكرَه) بفَتح الرّاءِ (أن يُضمِّنَ الْمُكرِهَ) بكَسر الرّاءِ؛ لأنه آلَةٌ له فيما يَرجِعُ إلى الإتلاف، وإن لم يكن آلةً له في حقِّ التَّكلُّمِ؛ لعَدَم الصَّلاحِيَةِ؛ لأن التَّكلُّمَ بلِسان الغيرِ لا يُمكِنُ، فصار كأنه دَفَع مالَ البائعِ إلى الْمُشتَري، فيُضمِّنُ أيَّهما شاء، كالغاصِب وغاصِبِ الغاصِبِ؛ لأن الْمُكرَهَ كالغاصِب، والْمُشتَري كغاصِب الغاصِبِ.

فإن ضَمِن الْمُكرِهُ رَجَع الْمُكرَهُ على الْمُشتَري بالقِيمة؛ لأنه بأداء الضَّمانِ مَلَكه، فقام مَقامَ المالِكِ الْمُكرَهِ، فيَكونُ مالِكًا له من وَقت وُجودِ السَّبَبِ بالاستناد[1]، ولو ضَمَّن الْمُشتريَ ثَبَت مِلكُ الْمُشتَري فيه، ولا يَرجِعُ على الْمُكرِه، كما لا يَرجِعُ غاصِبُ الغاصِبِ على الغاصِب إذا ضُمِّن.

ولو كان الْمُشتَري باعَه من آخَرَ، وباع الآخَرُ من آخَرَ حتى تَداولَتْه البِياعاتُ الفاسِدةُ: نَفَذ الكُلُّ بتَضمين الأوَّلِ، وله أن يُضمِّنَ مَن شاء

(١) في (ب) و(ج) و(د): بالاستيلاد، وفي (ه): بالاستيلاء. وانظر «التبيين» ٥/ ١٨٤.

وعلى أكل لَحمِ خِنزيرٍ، ومَيْتةٍ، ودَمٍ، وشُربِ خَمرٍ. . بحَبسٍ، أو ضَربٍ، أو قَيدٍ: لم يَحِلَّ، وحَلَّ بقَتلٍ، أو قَطعٍ، وأَثِم بصَبره.

من الْمُشتَرِين، وجازَت البِياعاتُ التي بعده، وبَطَل ما قبلَه، بخِلاف ما إذا أجاز الْمُكرَهُ أحدَ هذه البِياعاتِ؛ حيث يَجوزُ الكُلُّ، ما قبلَه وما بعدَه، ويَأخُذُ هو الثَّمَنَ من الْمُشتَرِي الأوَّلِ.

(و) لو أُكرِه (على أَكل لَحمِ خِنزيرٍ، و) أكلِ (مَيْتةٍ، و) أكلِ (دَمٍ، وشُربِ خَمرٍ.. بحَبسٍ، أو ضَربٍ، أو قَيدٍ: لم يَحِلَّ) إقدامُه؛ لأن حُرمةَ هذه الأشياءِ ثابِتةٌ بالنَّصِّ[1]، ولا تُباحُ إلا عند قِيامِ الضَّرورةِ، ولا يَتحقَّقُ إلا بأن يَخافَ على نَفسه التَّلَفَ أو على عُضوٍ من أعضائه، كما في حال الْمَخمَصةِ.

ولا يَحِلُّ ذلك بضَربٍ بالسَّوطِ ولا بحَبسٍ، حتى لو خاف على نَفسِه بذلك أو على عُضوٍ من أعضائه، وغَلَب على ظَنِّه: أُبيح له الإقدامُ عليه، وقَدَّره بعضُهم بأدنى الحدِّ، وهو أربَعون سَوطًا، فإن هَدَّده به وَسِعه، وإن هَدَّده بأقلَّ من ذلك لا يَسَعُه.

(وحَلَّ) الإقدامُ لو أُكرِه على الأشياء الْمَذكورةِ (بقَتل) نفسِه (أو قَطع) عُضوٍ من أَعضائه (وأَثِم بصَبره) على ما هُدِّد به في هذه الحالةِ؛ لأنها مُباحةٌ في هذه الحالةِ، وإهلاكُ النَّفسِ أو العُضوِ بالامتِناع عن الْمُباح حَرامٌ،

(١) في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ١٧٣].

وعلى الكُفرِ، وإتلافِ مالِ مُسلِمٍ.. بقَتلٍ وقطعٍ، لا بغَيرِهما: يُرَخَّصُ، ....

فأثِم، وهذا بالإجماع، إلا رِوايةً عن أبي يوسفَ، وقولًا للشّافعيِّ، ورِوايةً عن أحمدَ: لا يَأثَمُ.

وإذا لم يَعلَم الإباحةَ في هذه الحالةِ لا يَأثَمُ؛ لأنه مَوضِعُ الخَفاءِ، وقد دَخَله اختِلافُ العُلَماءِ، وقَصَد في زَعمه الاحتِرازَ عن المَعصِيةِ، فكان مَعذورًا[1]، فلا يَأثَمُ.

(و) لو أكرِه (على) كَلِمةِ (الكُفرِ وإتلافِ مالِ مُسلِمٍ بقَتل) نفسٍ (وقطع) طَرَفٍ: جاز له الإقدامُ على ذلك؛ لقَوله تَعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦]، وكذلك كُلُّ ما ثَبَت حُرمتُه يُرخَّصُ له عند الإكراهِ المُلجِئِ، مِثلُ إتلافِ مالِ الغيرِ، وإفسادِ الصَّومِ والصَّلاةِ، والجِنايةِ على الإحرام.

(لا) يُرَخَّصَ (بغَيرهما) أي بغَير القتلِ والقطعِ، يَعني: إذا أكرِه على كَلِمةِ الكُفرِ أو إتلافِ مالِ مُسلِمٍ بغَير القتلِ والقطعِ، بأن أكرِه بضَربٍ أو قَيدٍ أو حَبسٍ: لا يُقدِمُ؛ لأنه ليس بمُلجِئٍ، ولهذا لا يَكونُ إكراهًا في شُربِ الخَمرِ، فكيف يَكونُ إكراهًا في الكُفر وهو أعظَمُ!؟

وقولُه: (يُرَخَّصُ) جَوابٌ لقَوله: وعلى الكُفر، أي لو أُكرِه على الكُفر بقَتلٍ أو قَطعٍ: يُرَخَّصُ له الإقدامُ، وقد ذَكَرناه.

---

(١) في (ب) و(د): فكان مقدورًا.

ويُثَابُ بالصَّبرِ.

(ويُثَابُ) المُكرَهُ في هذه الأشياءِ (بالصَّبرِ) على ما هُدِّد به، والكَفِّ عما أُمِر به، حتى لو قُتِل كان مَأجُورًا؛ لأن خُبَيبًا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ صَبَر على ذلك حتى صُلِب، وسَمَّاه رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَيِّدَ الشُّهَداءِ[1].

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٥٩: غريب، وقتل خبيب في «صحيح» البخاري (٣٩٨٩) في مواضع، وليس فيه أنه صلب، ولا أنه أكره، ولا أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سماه سيد الشهداء، ولا قال فيه: هو رفيقي في الجنة... والمعروف في قوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «سيد الشهداء» أنه في حمزة، رواه الحاكم في «المستدرك» (٢٥٥٧) في الفضائل من حديث جابر، ومن حديث علي...
وورد نحو ذلك في بلال، رواه البزار في «مسنده» (٤٣٣٨) من حديث زيد بن أرقم: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «نعم المرء بلال، وهو سيد الشهداء، والمؤذنون أطول أعناقًا يوم القيامة». وينظر بقية السند والمتن. انتهى، قلت: قال البزار عقب إيراده: وهذا الحديث لا نعلمه عن زيد بن أرقم إلا من هذا الوجه، ولا نعلم رواه عن قتادة إلا حسام بن مصك، ولا عن حسام إلا يزيد بن هارون، وحسام رجل من أهل البصرة، قد حدث عنه جماعة كثيرة، واحتملوا حديثه. انتهى.
وقال المصنف في «البناية» بعد مثل هذا التقرير ١١/ ٥٦: قد ذكرنا أن صلبه لم يثبت في الصحيح، ولكن محمد بن إسحاق ذكره في كتاب «السيرة» وقال: ابتاع خبيبًا حجيرُ بن أبان التيمي رَحِمَهُ اللَّهُ ليقتله بأبيه، ثم أخرجوه إلى التنعيم، وصلبوه على خشبة وقتلوه. انتهى.
قلت: قال ابن هشام في «السيرة» ٢/ ١٧٣: قال ابن إسحاق: قال عاصم: ثم خرجوا بخبيب، حتى إذا جاؤوا به إلى التنعيم ليصلبوه، قال لهم... ثم رفعوه على خشبة، فلما أوثقوه، قال: اللهم إنا قد بلغنا رسالة رسولك، فبلغه الغداة ما يصنع بنا، ثم قال: اللهم أحصهم عددًا، واقتلهم بددًا، ولا تغادر منهم أحدًا، ثم قتلوه رَحِمَهُ اللَّهُ.

وللمالِك أن يُضَمِّنَ الْمُكرِهَ.

وعلى قَتل غيرِه بقتلٍ: لا يُرخَّصُ، فإن قَتَله: أثِم، ويُقتَصُّ الْمُكرِهُ فقط.

(وللمالِك) أي لمالِك المالِ الذي أتلَفه الْمُكرَهُ (أن يُضَمِّنَ الْمُكرِهَ) بكَسر الرّاءِ؛ لأن الْمُكرَه -بالفَتح- آلةٌ له فيما يَصلُحُ آلةً.

(و) لو أُكرِه (على قَتل غيرِه بقتلٍ) مثلًا: أكرِه زَيدٌ على قَتل عَمرٍو (لا يُرخَّصُ) له في ذلك؛ لأن قتلَ المسلمِ حَرامٌ لا يُباحُ لضَرورةٍ ما، فكذا في الإكراه (فإن قَتَله أثِم) لارتِكابه الحَرامَ، وكذا لو أُكرِه على الزِّنى لا يُرخَّصُ؛ لأن فيه قتلَ النَّفسِ بالضَّياع؛ لأنه يَجيءُ منه ولَدٌ، وليس له أبٌ فيُربِّيَه.

(ويُقتَصُّ) من (الْمُكرِهُ) بكَسر الرّاءِ (فقط) يَعني: دون الْمُكرَهِ -بالفَتح- عندهما، وعند أبي يوسفَ: لا يَجِبُ القِصاصُ على واحِدٍ منهما؛ لأن الْمُكرِهَ سبَبٌ غيرُ مُباشِرٍ، فلا قِصاصَ عليه، ولكنه مُضافٌ إليه باعتِبار الحَمْلِ عليه، فتَمكَّنت الشُّبهةُ، فلا يَجِبُ على الْمُكرَه أيضًا، فتَجِبُ الدِّيةُ، ولا تَتحمَّلُها العاقِلةُ؛ لأنه عَمدٌ.

وقال زفرُ: يَجِبُ القِصاصُ على الْمُكرَه؛ لأنه هو الْمُباشِرُ حَقيقةً، وكذا حُكمًا، لا على الْمُكرِه، وقال الشّافعيُّ: يَجِبُ القِصاصُ عليهما جَميعًا؛ لأنهما قاتِلان، فيَجِبُ عليهما مُوجَبُه، وبه قال مالِكٌ وأحمدُ.

ولهما: أنه على الْمُكرِه بالكَسر؛ لأنه هو القاتِلُ، والْمُكرَهُ آلةٌ مِثلُ السَّيفِ.

وعلى إعتاقٍ وطَلاقٍ، ففَعَل: وَقَع، ورَجَع بقِيمته، ونِصفِ مَهرِها إن لم يَطَأها.

وعلى الرِّدّة: لم تَبِن زَوجتُه.

(و) لو أُكرِه (على إعتاقٍ) عبدِه (وطَلاقٍ) امرَأتِه (ففَعَل) أي فأعتَق عبدَه، أو طَلَّق امرَأتَه (وَقَع) أي الإعتاقُ أو الطَّلاقُ؛ لأن الإكراهَ لا يُنافِي الأهلِيّةَ (ورَجَع) الْمُكرَهُ بالفَتح (بقِيمته) أي بقِيمة العبدِ على الْمُكرِه -بالكَسر-، سواءٌ كان مُوسِرًا أو مُعسِرًا؛ لأنه ضَمانُ إتلافٍ، فلا يَختلِفُ باليَسار والإعسارِ، ولا سِعايةَ على العَبد، ولا يَرجِعُ الْمُكرِهُ على العَبد؛ لأن الضَّمانَ وَجَب عليه بفِعله، فلا يَرجِعُ به على غَيره..

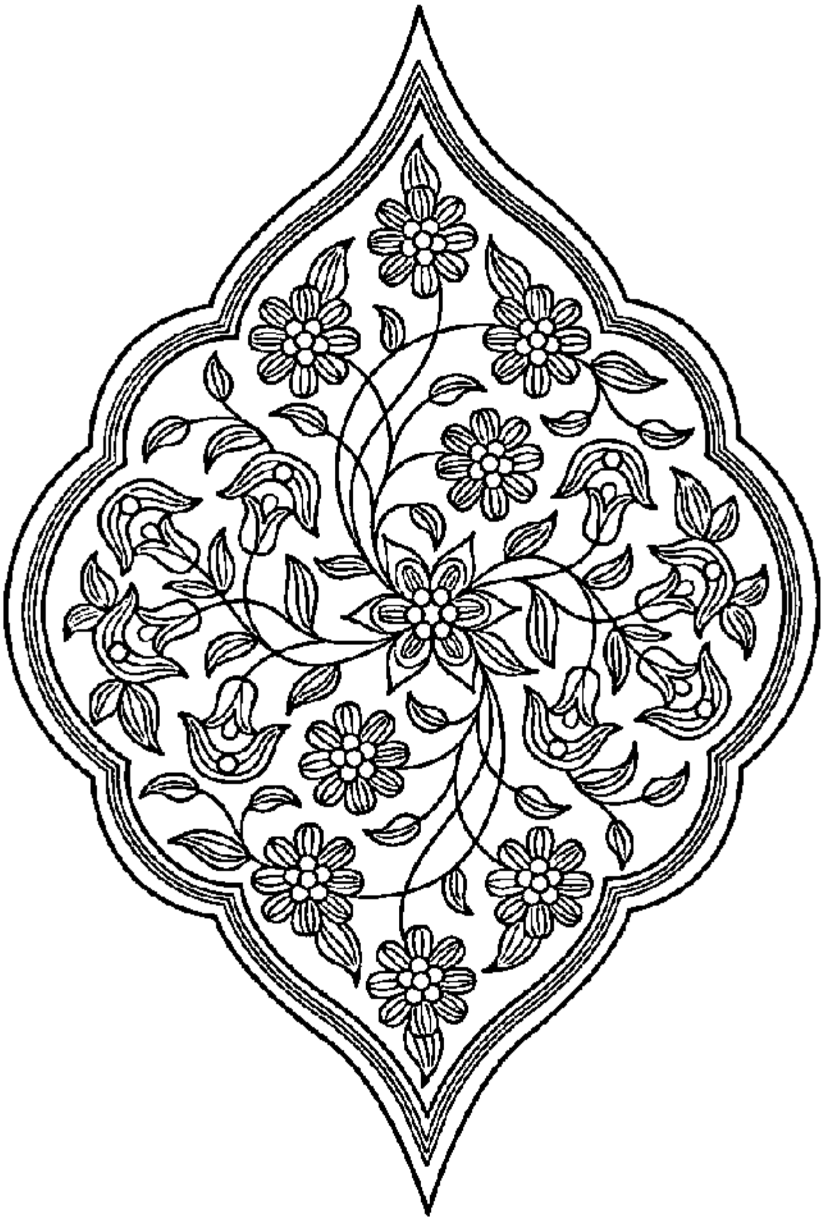
(ونِصفِ مَهرِها) أي ورَجَع أيضًا بنِصف مَهرِ امرَأتِه التي طَلَّقها بالإكراه (إن لم يَطَأها) أي إن كان قبلَ الدُّخولِ، وكان الْمَهرُ مُسمًّى في العَقد، وإن لم يكن مُسمًّى فيه يَرجِعُ عليه بما لَزِمه من الْمُتعة، بخِلاف ما إذا كان قد دَخَل بها؛ لأن الْمَهرَ تَقرَّر بالدُّخول لا بالطَّلاق.

(و) لو أُكرِه (على الرِّدّة) وأجرى كَلِمةَ الكُفرِ على لِسانه وقَلبُه مُطمئِنٌّ بالإيمان (لم تَبِن زَوجتُه) لأنه لا يُكفَرُ به من غَير تَبدُّلِ الاعتِقادِ، حتى لو ادَّعت الْمَرأةُ ذلك وأنكَر هو: كان القولُ قولَه استِحسانًا، والقِياسُ أن يَكونَ القولُ قولَها، فيُفرَّقُ بينهما؛ لأن كَلِمةَ الكُفرِ سبَبٌ للبَينونة بها، فيَستَوِي فيها الطّائعُ والْمُكرَهُ، كلَفظة الطَّلاقِ.

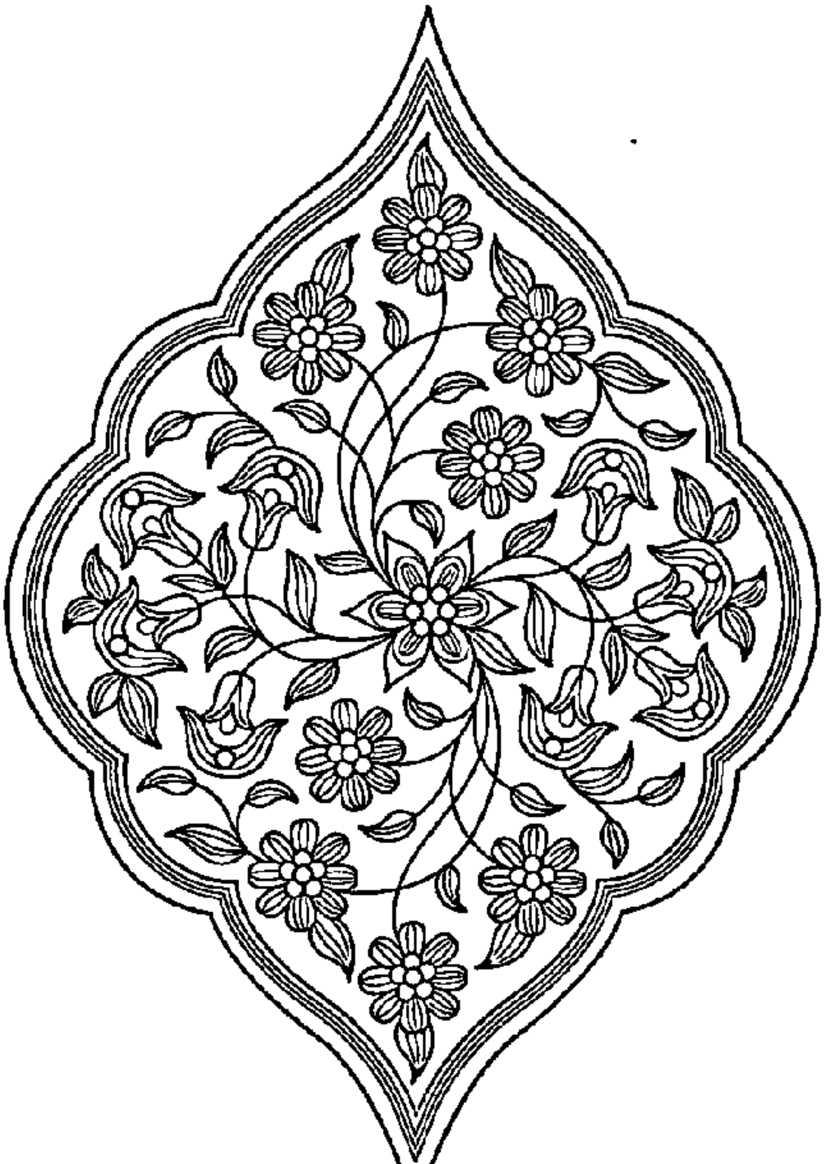
....

وجهُ الاستِحسانِ: أن هذه اللَّفظةَ غيرُ مَوضوعةٍ للفُرْقة، وإنما تَقَعُ باعتِبار تَغيُّرِ الاعتِقادِ، والإكراهُ دَليلٌ على عَدَم تَغيُّرِه، فلا تَقَعُ الفُرقةُ، ولهذا لا يُحكَمُ عليه بالكُفر..

بخِلاف ما إذا أسلَم مُكرَهًا؛ حيث يُحكَمُ عليه بالإسلام؛ لأنه وُجِد أحدُ الرُّكنَين، وفي الرُّكن الآخَرِ احتِمالٌ، فرَجَّحنا جانِبَ الوُجودِ احتِياطًا؛ لأن الإسلامَ يَعلو ولا يُعلى، ونَظيرُه السَّكرانُ؛ فإن إسلامَه صَحيحٌ، وكُفرَه لا يَصِحُّ، ولا يُحكَمُ بردّته؛ لعَدَم القصدِ.



كتاب الحجر



كِتاب الحَجْرِ

هو: منعٌ عن التَّصرُّف قَولًا لا فِعلًا.

بـ: صِغَرٍ، ورِقٍّ، وجُنونٍ.

فلا يَصِحُّ تَصرُّفُ صبيٍّ وعبدٍ، ....

هذا (كِتابٌ) في بَيان أحكامِ (الحَجْرِ)

هو المنعُ مُطلَقًا، أيَّ منعٍ كان، ومنه سُمِّي الحَطيمُ حِجرًا؛ لأنه مَنَع من الكَعبة، وسُمِّي العَقلُ حِجرًا: لأنه يَمنَعُ من القَبائِح، ومنه: قولُه تَعالى: ﴿لِّذِى حِجْرٍ﴾ [الفجر: ٥]، أي عَقلٍ.

وفي الشَّرع: (هو) أي الحَجْرُ (منعٌ عن التَّصرُّف قَولًا) أي من حيث القولُ؛ لأن الحَجْرَ في الحُكمِيّات دون الحِسِّيّاتِ، ونُفوذُ القولِ حُكمِيٌّ (لا فِعلًا) أي لا من حيث الفِعلُ؛ لما قُلنا، وذلك يَكونُ بأحَد الأشياءِ الثَّلاثةِ، أشار إليه بقَوله:

(بصِغَرٍ) أي بسَبَب صِغَرٍ في الصِّبيان (ورِقٍّ) في العَبيد (وجُنونٍ) في الْمَجانينِ، والرِّقُّ ليس بسبَبٍ للحَجْر في الحَقيقة؛ لأنه مُكلَّفٌ مُحتاجٌ كامِلُ الرَّأيِ، كالحُرّ، غيرَ أنه وما في يَده مِلكُ الْمَولى، فلا يَجوزُ له أن يَتصرَّفَ لأَجْل حَقِّه.

وإذا كان كذلك (فلا يَصِحُّ تَصرُّفُ صبيٍّ وعبدٍ ....

بلا إذنِ وليٍّ وسيِّدٍ، ولا تَصرُّفُ الْمَجنونِ الْمَغلوبِ بحالٍ.

بلا إذنِ وليٍّ وسيِّدٍ[1]) أما الصَّبيُّ: فلأنه عَديمُ العَقلِ إن كان غيرَ مُميِّزٍ، وإن كان مُميِّزًا فعَقلُه ناقِصٌ، فيُحتمَلُ فيه الضَّرَرُ، فلا يَجوزُ، إلا إذا أَذِن له الوليُّ، فيَصِحُّ حينَئذٍ؛ لتَرجُّح جانِبِ الْمَصلَحةِ، وأما العبدُ: فلأنَّ منْعَه لحَقِّ الْمَولى، فإذا أَذِن له فقد زال، فيَتصرَّفُ بأهليَّته إن كان بالِغًا عاقِلًا، وإن كان صَغيرًا فهو كالحُرِّ الصَّغيرِ.

(ولا) يَصِحُّ (تَصرُّفُ الْمَجنونِ الْمَغلوبِ بحالٍ) من الأحوال، ولو أجازه الوليُّ؛ لأن صِحَّةَ العِبارةِ بالتَّمييز، وهو لا تَمييزَ له، فصار كبَيع الطُّوطيِّ[2].

قَيَّد بقَوله: (الْمَغلوبِ)، أي الْمُستغرِقِ: لأنه إن كان يُجَنُّ تارةً ويُفيقُ أُخرى: فهو حالَ إفاقتِه كالعاقِل[3]، والْمَعتُوه كالصَّبيِّ[4] العاقِلِ في

(١) في (ج) و(د) و(هـ): وسيده. (٢) تقدم أنه طيرٌ معَلَّمٌ كالدُّرَّة.

(٣) قال الشلبي ٥/ ١٩١: يقتضي أن تصرفاته نافذة في حال إفاقته، فهو مخالف لما ذكره الإتقاني من أنه موقوف، وقد نقلت عبارته بعد ثلاث قولات في هذا المجرد، عند قوله: فالولي بالخيار... إلخ، فانظره.

أقول: والذي يظهر لي بتوفيق الله تعالى أن الحق التفصيل، فإن كان لإفاقته وقت معلوم، فعَقَد في ذلك الوقت: فالحكم فيه النفاذُ كالعاقل، وإن لم يكن لإفاقته وقت معلوم، فعقد في حال الإفاقة: فالحكم فيه الوقفُ كالصبي، فينبغي أن يحمل ما قاله الزيلعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ على الأول، وما ذكره الأتقاني رَحِمَهُ ٱللَّهُ على الثاني، هذا ما ظهر لي حال المطالعة، والله أعلم بالصواب. اهـ.

(٤) قال الإتقاني: ثم اعلم أن المعتوه البالغ هل تجب عليه العبادات أم لا؟ فيه اختلاف المشايخ، فالقاضي أبو زيد مال إلى الوجوب، وفخر الإسلام مال إلى السقوط. اهـ =

ومَن عَقَد منهم وهو يَعقِلُه: يُجيزُه الوليُّ أو يَفسَخُه.
وإن أتلَفوا شيئًا: ضَمِنوا.
ولا يَنفُذُ إقرارُ الصَّبيِّ والمَجنونِ.

تَصرُّفاته، وهو النّاقِصُ العَقلِ، وقِيل: هو المَدهوشُ من غَير جُنونٍ.

واختَلَفوا في تَفسيره اختِلافًا كثِيرًا، وأحسَنُ ما قِيل فيه: هو من كان قَليلَ الفَهمِ، مُختلِطَ الكَلامِ، فاسِدَ التَّدبيرِ، إلا أنه لا يَضرِبُ ولا يَشتِمُ كما يَفعَلُ المَجنونُ.

(ومَن عَقَد منهم) أي من هؤلاء المَحجُورين **(و)** الحالُ أنه **(هو يَعقِلُه)** أي يَعقِلُ العَقدَ، بأن يَعرِفَ أن البَيعَ سالِبٌ للمِلك، والشِّراءَ جالِبٌ له، ويَعلَمَ الغَبْنَ الفاحِشَ من اليَسير، ويَقصِدَ به تَحصيلَ الرِّبحِ والزِّيادةِ **(يُجيزُه الوليُّ)** إن شاء **(أو يَفسَخُه)** لأنه إذا كان بهذه الصِّفةِ يَحتمِلُ أن يَكونَ في عَقده مَصلَحةٌ، فيُجيزَه الوليُّ أو المَولى إن رَأى فيه ذلك، كعَقد الأجنَبيِّ.

وعند الثَّلاثةِ: لا تَصِحُّ إجازتُه.

(وإن أتلَفوا) أي هؤلاء **(شيئًا ضَمِنوا)** لأنهم غيرُ مَحجورٍ عليهم في الأفعال.

(ولا يَنفُذُ إقرارُ الصَّبيِّ والمَجنونِ) لقَوله عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: ....

= سيأتي في كلام الشارح في الورقة الآتية في الشرح أنه غير مكلف. اهـ الشلبي ٥/١٩١.

وينفُذُ إقرارُ العبدِ في حَقِّه، لا في حَقِّ سَيِّدِه، فلو أقَرَّ بمالٍ: لَزِمه بعد الحُرِّيَّةِ، ولو أقَرَّ بحَدٍّ أو قَوَدٍ: لَزِمه في الحال.

«رُفِع القَلَمُ عن ثَلاثةٍ: عن الصَّبيِّ حتى يَحتلِمَ، وعن المَجنونِ حتى يُفيقَ...»[1]، وظاهِرُه يَقتَضي أن لا يَتعلَّقَ بأقوالهما حُكمٌ، وكذلك لا يَقَعُ طَلاقُهما ولا إعتاقُهما.

(وينفُذُ إقرارُ العبدِ في حَقِّه لا في حَقِّ سَيِّدِه، فلو أقَرَّ بمالٍ لَزِمه بعد الحُرِّيَّةِ) لأنه إقرارٌ على غَيره، وهو المَولى، فإذا أُعتِق زال المانِعُ.

(ولو أقَرَّ) العبدُ (بحَدٍّ أو قَوَدٍ) أي قِصاصٍ (لَزِمه في الحال) لأنه مُبقًّى على أصل الحُرِّيَّةِ في حَقِّهما[2].

---

(١) رواه الإمام أحمد (٢٤٦٩٤)، والنسائي (٣٤٣٢)، والدارمي (٢٤٧٨)، وابن خزيمة (١٠٠٣)، والحاكم (٩٤٩)، وهو في السنن بألفاظ أخرى متقاربة، وانظر «نصب الراية» ٤/ ١٦١.

(٢) وقال زفر: لا يصح إقراره إذا كان محجورًا عليه، وجه قوله: أنه لو صح يلزم منه إتلاف مال المولى، فلا يصح، كما لو أقر بدين.
ولنا أن العبد مبقًّى على أصل الحرية في حق الدم؛ لأن الرق ينافي مالكية غير المال؛ لأن كونه مملوكًا باعتبار معنى المالية فيه، لا باعتبار الآدمية، والقصاص من خواص الآدمية، وكذا إيجاب الحد، فيصح إقراره بهما. والدليل على أنه مبقًّى على أصل الحرية: أن المولى لا يملك سفك دمه، ولا يصح إقرار المولى بدمه، ولأن إقرار المحجور بدين إنما لا يصح في حق المولى للتهمة في حق مولاه، وليس بمتهم في هذا الإقرار؛ لأنه أقر بما يوجب العقوبة على نفسه، وقول زفر منقوض بإقراره بالردة، فإنه يقبل ويقتل، وإن لزم إتلاف مال المولى، وينبغي أن يكون مراد القدوري في قوله: (وإن أقر بحد أو قصاص لزمه) فيما إذا كان كبيرًا، أما إذا كان صغيرًا فلا؛ لأنه لا اعتبار لقوله لعدم القصد الصحيح. اهـ إتقاني. شلبي ٥/ ١٩٢.

لا بسَفَهٍ، ....

(لا) يُحجَرُ (بسَفَهٍ) أي بسَبَب سَفَهٍ، وهو العمَلُ بخِلاف مُوجَبِ الشَّرعِ واتِّباعُ الهَوى، ومِن عادة السَّفيهِ التَّبذيرُ والإسرافُ في النَّفَقة[1]، والتَّصرُّفُ لا لغَرَضٍ، أو لغَرَضٍ لا يَعُدُّه العُقَلاءُ من أهل الدِّيانةِ غَرَضًا، مِثلُ دَفعِ المالِ إلى الْمُغنِّي واللَّعّابِ[2]، وشِراءِ الحَمامِ الطَّيّارةِ بثَمَنٍ غالٍ، والغَبْنِ في التِّجارات من غَير مَحمَدةٍ.

وأبو حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لا يَرى الحَجْرَ بسَبَب السَّفَه، وعندهما: يُحجَرُ عليه بسَبَب السَّفَهِ والدَّينِ في تَصرُّفاتٍ لا تَصِحُّ مع الهَزْلِ، كالبَيع، والهِبةِ، والإجارةِ، والصَّدَقةِ، ولا يُحجَرُ عليه في غَيرها، كالطَّلاق ونحوِه، وقال الشّافعيُّ: يُحجَرُ عليه بالكُلِّ.

لهما: أن الحَجْرَ على الصَّبيِّ لاحتِمالِ التَّبذيرِ، فلأَن يُحجَرَ على السَّفيه مع تَيَقُّنِه كان أحرى، وبه قال مالِكٌ وأحمدُ.

وله: أنه مُخاطَبٌ، فلا يُحجَرُ عليه، كالرَّشيد، ولأنه لا يَندفِعُ الضَّرَرُ عنه بالحَجْر؛ فإنه يَقدِرُ على إتلاف مالِه بتَزويج الأربَعِ وتَطليقِهنَّ قبلَ الدُّخولِ وبعدَه في كُلِّ يومٍ ووقتٍ.

---

(١) الفرق بين التبذير والإسراف: أن التبذير تجاوُزٌ في موضع الحق، فهو جهل بمواقع الحقوق، والإسراف تجاوز في الكمية، فهو جهل بمقادير الحقوق. «غمز عيون البصائر» ٤/ ١٤٣.

(٢) في (ب): واللغاب. وفي «لسان العرب» ٧/ ٤٢: رقص اللَّعّابُ يرقُصُ رقصًا، فهو رقاص.

فإن بَلَغ غيرَ رَشيدٍ: لم يُدفَع إليه مالُه حتى يَبلُغَ خَمسًا وعِشرين سَنةً، ونَفَذ تَصرُّفُه ....

ولو كان في الحَجْرِ عليه دَفعُ الضَّرَرِ العامِّ جاز، كالمُفتي الماجِنِ[1]، والطَّبيبِ الجاهِلِ، والمُكارِي المُفلِسِ[2].

(فإن بَلَغ) الصَّبيُّ حالَ كونِه (غيرَ رَشيدٍ) وهو فَعيلٌ، من الرَّشَد، وهو التَّهدِّي إلى وُجوه المَصالِحِ (لم يُدفَع إليه مالُه حتى يَبلُغَ خَمسًا وعِشرين سَنةً، ونَفَذ تَصرُّفُه) أي تَصرُّفُ الذي بَلَغ غيرَ رَشيدٍ، ولم يَبلُغ خَمسًا

---

(١) ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده: والمفتي الجاهل، وهما متقاربان؛ لأن ضررهما عام. اهـ إتقاني، وكتب على قوله (الماجن) ما نصه: قال في «الجمهرة»: مَجَن الشيء يَمْجُنُ مُجونًا: إذا صَلُب وغَلُظ، وقولهم: رجل ماجن: كأنه أخذ من غِلَظ الوجه وقلة الحياء، وليس بعربي محض. اهـ إتقاني. شلبي ٥/ ١٩٣.
الماجن: الذي لا يبالي ما صنع وما قيل له، ومصدره المجون، والمجانة اسم منه، والفعل من باب طلب. «المغرب» ص٤٣٧.

(٢) قال في «مجمع الأنهر» ٢/ ٤٤١: (ويحجر على المفتي الماجن) هو الذي يعلم الناس الحيل الباطلة، بأن علم المرأة الارتداد لتبين من زوجها، وبأن علم الرجل أن يرتد لتسقط عنه الزكاة ثم يسلم، ولا يبالي أن يحرم حلالًا ويحل حرامًا (والطبيب الجاهل) وهو الذي يسقي الناس في أمراضهم دواءً مخالفًا؛ لعدم علمه، فيفسد أبدان المسلمين (والمكاري المفلس) لأنه يأخذ الكراء أولًا ليشتري به الجمال والظَّهر ويدفع إلى بعض ديونه، فيعوق المسلمين من نحو الحج والغزو (اتفاقًا) قيد للثلاثة جميعًا؛ لأن منع كل واحد منها دفع ضرر العامة؛ إذ المفتي الماجن يفسد على الناس دينهم، والطبيب الجاهل يهلك أبدانهم، والمكاري المفلس يتلف أموالهم، فيحجر هؤلاء عن عملهم؛ لأن المنع عن ذلك من باب أمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

قبلَه، ويُدفَعُ إليه مالُه إن بَلَغ المُدّةَ مُفسِدًا.

وعِشرين سَنةً (قبلَه) أي قبلَ البُلوغِ إلى خَمسٍ وعِشرين سَنةً.

(ويُدفَعُ إليه مالُه إن بَلَغ المُدّةَ) أي خَمسًا وعِشرين سَنةً حالَ كونِه (مُفسِدًا) هذا كُلُّه عند أبي حنيفةَ، وعندهما: لا يُدفَعُ إليه مالُه أبدًا حتى يُؤنَسَ منه الرُّشدُ، ولا يَجوزُ تَصرُّفُه فيه أبدًا؛ لقَوله تَعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓا إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، أَمَرنا بالدَّفع إن وُجِد منه الرُّشدُ، فلا يَجوزُ الدَّفعُ إليه قبلَ وُجودِه، وبه قالَت الثَّلاثةُ.

وله: قولُه تَعالى: ﴿وَءَاتُوا الْيَتَٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٢]، والمُرادُ به بعد البُلوغِ، سُمِّي يَتيمًا: لقُربِه منه، ولأنّ[1] أوّلَ أحوالِ البُلوغِ قد لا يُفارِقُه السَّفَهُ باعتِبارِ أثَرِ الصِّبا، فقَدَّرناه بخَمسٍ وعِشرين سَنةً؛ لأنه حالُ كَمالِ لُبِّه، وقد رُوِي عن عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أنه قال: يَنتَهي لُبُّ الرَّجُلِ إذا بَلَغ خَمسًا وعِشرين سَنةً[2].

---

(١) في سوى (أ): وكان.

(٢) قال في «الاختيار» ٢/ ٩٧: وعن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أنه قال: ينتهي لُبُّ الرجل إلى خمس وعشرين سنة، وفسّر الأشد ذلك في قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [الأنعام: ١٥٢]. قال العلامة قاسم في «التعريف والإخبار» (ط الفاروق ٢/ ٣٦١): قال ابن عباس: ثماني عشرة سنة، قال المخرجون: نقل البغوي عن ابن عباس: هو ما بين ثماني عشرة سنة إلى أربعين، ذكره بغير إسناد، وروى الطبراني في «الأوسط» (٦٨٢٩) من طريق ابن خيثم عن سعيد بن جبير عن ابن عباس في هذه الآية، قال: ثلاث وثلاثون، وهو الذي رفع عليه عيسى بن مريم عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، وأخرجه ابن مردويه في «تفسيره» من طريق ابن خثيم، لكن قال: عن مجاهد بدل سعيد، وقال: بضعًا وثلاثين، ولم يذكر عيسى بن مريم. انتهى.

....

وقال أهلُ الطَّبائعِ: من بَلَغ خَمسًا وعِشرين سَنةً فقد بَلَغ رُشدَه؛ ألا تَرى أنه قد بَلَغ سِنًّا يُتصوَّرُ أن يَصيرَ جَدًّا؛ لأن أدنى مُدّةٍ يَبلُغُ فيها الغُلامُ اثنتا عشْرة سَنةً، فيولَد له ولَدٌ لستّة أشهُرٍ، ثم يَبلُغُ الولَدُ في اثنتي عشْرة سَنةً، فيُولَدُ له ولَدٌ لستّةِ أشهُرٍ، فقد صار بذلك جَدًّا..

حتى لو بَلَغ رَشيدًا، ثم صار مُبذِّرًا: لم يُمنَع منه مالُه.

ثم لا يَتأتّى التَّفريعُ على قَول أبي حنيفةَ[1]، وإنما يَتأتّى على قَول مَن يَرى الحَجْرَ، فعندهما: إذا باع لا يَنفُذُ بيعُه، فإن كان فيه مَصلَحةٌ أجازه الحاكِمُ، وإلا رَدَّه، ولو باع قبلَ حَجْرِ القاضِي عليه جاز عند أبي يوسفَ، خِلافًا لمحمدٍ.

(١) قال الإتقاني: أراد بالتفريع: الذي ذكره القدوري في «مختصره» بقوله: فإذا باع لا ينفذ بيعه، وإن كان فيه مصلحة أجازه الحاكم، وذلك لأن أبا حنيفة لَمّا لم ير الحجر جائزًا نفذ بيع السفيه، أجازه الحاكم أوْ لا، وهما لَما رأيا الحجر جائزًا ورد التفريع على قولهما، فانعقد بيع السفيه ولم ينفذ، فإن أجازه الحاكم نفذ كما في بيع الصبي العاقل، وإلا فلا.
وإنما يجيزه إذا كان في البيع منفعةٌ، فإن لم يكن في البيع منفعةٌ بأن كان فيه محاباةٌ، أو لم يكن فيه محاباةٌ إلا أن الثمن يهلك في يد المحجور: فإنه لا يجيزه؛ لأنه لا منفعة للمحجور في إجازة هذا البيع؛ لأن المبيع يزول عن ملكه بغير ثمن يحصل له وقت الإجازة، كما أن الصبي إذا باع وفي البيع محاباة، أو لم يكن فيه محاباة إلا أن الثمن الذي قبضه يهلك في يده: لا يجيزه القاضي، ولا نظر للصبي والمحجور في الإجازة؛ لأنه لو لم يجز لم يضمن ما هلك من الثمن؛ لأنه قبض بإذن المشتري، ويحصل له المبيع، ومتى أجاز يزول المبيع عن ملكه، ولا يحصل له الثمن، كذا ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في «مبسوطه». اهـ إتقاني. شلبي ٥/ ١٩٥.

....

وإن أعتَق عبدًا عَتَق عندهما، خِلافًا للشّافعيّ؛ فإنّ عنده الحَجْرَ بسَبَب السَّفَهِ بِمَنزِلة الحَجْرِ بالرِّقّ، حتى لا يَنفُذُ بعد الحَجْرِ شيءٌ من تَصرُّفاته سِوى الطَّلاقِ، كالعَبد.

وإذا نَفَذ عندهما فعلى العَبد أن يَسعى في قِيمته عند محمدٍ، وهو قولُ أبي يوسفَ أوَّلًا، وفي قَوله الأخيرِ -وهو رِوايةٌ عن محمدٍ-: ليس عليه سِعايةٌ.

ولو دَبَّر عبدَه جاز، إلا أنه لا يَجِبُ عليه السِّعايةُ ما دام الْمَولى حيًّا[1]، وإن مات ولم يُؤنَس منه رُشْدٌ: سَعى في قِيمته مُدبَّرًا[2].

وإن جاءَت جارِيتُه بولَدٍ، فادَّعى: ثَبَت نسَبُه منه، وكان الولَدُ حُرًّا، والأمةُ أُمَّ ولَدٍ له، ولا تَسعى هي ولا ولَدُها في شيءٍ، بخِلاف ما لو أعتَقها من غَير أن يَدَّعيَ الولَدَ، ولو لم يكن معها ولَدٌ فقال: هذه أُمُّ وَلَدي: كانَت بمَنزِلة أُمِّ الولَدِ لا يَقدِرُ على بَيعها، فإن مات سَعَت في كُلِّ قيمتِها، كالْمَريض إذا قال لأَمَته وليس معها ولَدٌ فقال: هذه أُمُّ وَلَدي.

وإن تَزوَّج امرَأةً جاز نِكاحُه، فإن سَمَّى لها مَهرًا: جاز منه مِقدارُ مَهرِ مِثلِها، ويَبَطل الفَضلُ، وإن طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ: وَجَب لها نِصفُ الْمُسمَّى،

(١) أي لأنه لا يمكن إيجاب السعاية على عبده له؛ لعدم الفائدة؛ لأنه لو سعى له سعى له من كسبه، وكسبه له. اهـ إتقاني. شلبي ٥/ ١٩٥.

(٢) أي لورثته؛ لأنه صار معتقًا إياه، وهو مدبر بالكلام السابق، وكذلك إن أعتقه بعد التدبير. اهـ إتقاني. شلبي ٥/ ١٩٦.

وكذا لو تَزوَّج أربعًا، أو تَزوَّجَ كُلَّ يومٍ واحِدةً وطَلَّقها.

ويُخرِجُ الزَّكاةَ من مال نفسِه، ويُنفِقُ عليه وعلى ولَدِه وزَوجتِه ومَن تَجِبُ عليه نَفَقتُه من ذَوِي أرحامِه من ماله، إلا أن القاضِيَ يَدفَعُ إليه قَدْرَ الزَّكاةِ ليُفرِّقَها بنَفسه على الفُقَراء، أو يَبعَثُ معه أمينًا كي لا يَصرِفَها إلى غَير مَصرِفِه، ويُسلِّمُ القاضِي النَّفَقةَ إلى أمِينه ليَصرِفَها إلى مُستحِقّه؛ لأنه لا يُحتاجُ فيها إلى النِّيَّة، بخِلاف الزَّكاةِ.

ولو حَلَف وحَنِث، أو نَذَر نَذرًا من هَدْيٍ أو صَدَقةٍ، أو ظاهَرَ من امرَأته: لا يَلزَمُه المالُ، ويُكفِّرُ يَمينَه وغيرَها بالصَّوم.

وإن أرادَ حَجّةَ الإسلامِ لم يُمنَع، ويُسلِّمُ القاضِي النَّفَقةَ إلى ثِقةٍ من الحُجّاج يُنفِقُها عليه في الطَّريق بالمَعروف، ولو أرادَ عُمرةً واحِدةً لم يُمنَع، ولا يُمنَعُ من أن يَسوقَ البَدَنةَ؛ تَحرُّزًا عن مَوضِع الخِلافِ[1].

وإن جَنى في إحرامِه يُنظَرُ.. إن كان جِنايةً[2] يُجزِئُ فيها[3] الصَّومُ، كقَتل الصَّيدِ، والحَلْقِ عن أذًى، ونحوِ ذلك: لا يُمكَّنُ من التَّكفير بالمال، بل يُكفِّرُ بالصَّوم، وإن كان جِنايةً لا يُجزِئُ فيها الصَّومُ، كالحَلْق من غَير ضَرورةٍ، والتَّطَيُّبِ، وتركِ الواجِباتِ: فإنه يَلزَمُه الدَّمُ،

(١) فإن ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا لا يُجَوِّزُ إلا البَدَنة. «التبيين» ٥/ ١٩٧.

(٢) في (ب) و(ج): جنايته.

(٣) في سوى (ح): يجوز فيها.

وفِسقٍ، وغَفلةٍ، ....

ولكن لا يُمكَّنُ من التَّكفير في الحال، بل يُؤخَّرُ إلى أن يَصيرَ مُصلِحًا، بمَنزِلة الفَقيرِ الذي لا يَجِدُ مالًا، أو العبدِ المَأذونِ له في الإحرام.

وكذا لو جامَع امرَأتَه بعد الوُقوفِ بعَرَفةَ تَلزَمُه بَدَنةٌ، ثم يَتأخَّرُ إلى أن يَصيرَ مُصلِحًا.

وإن أَوصى بوَصايا في القُرَب وأبوابِ الخَيرِ: جاز ذلك من ثُلُث مالِه إن كان له وارِثٌ، وإذا أَوصى بوَصايا يَستقبِحُها المسلمون[1] لا يَنفُذُ.

(وفِسقٍ) بالجرّ، عَطفٌ على قَوله: لا بسَفَهٍ، أي لا يُحجَرُ أيضًا بسَبَب فِسقٍ، وقال الشّافعيُّ: يُحجَرُ عليه؛ زَجرًا له وعُقوبةً عليه، وبه قال مالِكٌ وأحمدُ، ولنا: أنه مُصلِحٌ لماله، فيَكونُ الرُّشدُ مُؤنَسًا[2] منه، فيُدفَعُ إليه مالُه، سواءٌ كان الفِسقُ أصلِيًّا أو طارِئًا.

(وغَفلةٍ) بالجرّ أيضًا، أي لا يُحجَرُ عليه أيضًا بسَبَب غَفلةٍ، وهو عاقِلٌ غيرُ مُفسِدٍ ولا يَقصِدُه، ولكنه لا يَهتدِي إلى التَّصرُّفات الرّابِحةِ، فيُغبَنُ في البِياعات لسَلامة قَلبِه، وهذا عند أبي حنيفةَ.

---

(١) في سوى (أ): المصلحون. قال في «التبيين» ٥/١٩٨: هذا إذا كانت الوصية منه موافقةً لوصايا أهل الخير والصلاح، نحوَ الوصية بالحج أو للمساكين، أو بشيء من أنواع البر التي يُتقرب بها إلى الله تعالى، ويستحسنه المسلمون، كالوصية ببناء المساجد والأوقاف والقناطر والجسور، وأما إذا أوصى بوصايا يستقبحه المسلمون: فلا ينفذ.

(٢) في سوى (أ): مونوسًا.

....

وعندهما: يُحجَرُ عليه، كالسَّفيه؛ نَظَرًا له، وبه قالَت الثَّلاثةُ، ألا تَرى أن أهلَ مُنقِذِ بنِ عَمرٍو[1] طَلَبوا من النَّبيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أن يَحجُرَ عليه؛ لأنه كان يُخدَعُ في البَيع، فأقَرَّهم على ذلك ولم يُنكِر عليهم[2]، ولو لم يكن الحَجْرُ مَشرُوعًا لأنكَر عليهم.

قُلنا: الحَديثُ دَليلٌ لنا؛ لأنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لم يُجِبهم إلى ذلك، وإنما قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إن كُنتَ غيرَ تارِكٍ للبَيعِ فقُل: ها وها[3]، ولا خِلابَةَ[4]»[5].

وقولُهم: (ولم يُنكِر عليهم).. قُلنا: النَّفيُ لا يُحاطُ بالعِلم، ولعلَّه أنكَر عليهم إلا أنه لم يُنقَل إلينا، وعدَمُ النَّقلِ لا يَدُلُّ على عَدَم الوُقوعِ.

والحَديثُ أخرَجه أحمدُ، والدّارَقُطنيُّ، وأبُو داوُدَ، وابنُ ماجَهْ، والتِّرمذيُّ وصَحَّحه[6].

---

(١) اختلف أهل الحديث فيمن هو صاحب القصة، قال الحافظ في «الفتح» ١/ ٢٨٠: هو حبان بن منقذ، كما رواه بن الجارود والحاكم وغيرهما، وقيل: هو منقذ بن عمرو، كما وقع في ابن ماجه و«تاريخ» البخاري.

(٢) لم يثبت هذا كما سيأتي من كلام المصنف.

(٣) قال الخطابي في «معالم السنن» ٣/ ٦٧: ها وها: معناه التقابض، وأصحاب الحديث يقولون ها وها مقصورين، والصواب مدهما ونصب الألف منهما.

(٤) أي لا خداع. «النهاية» ٢/ ٥٨.

(٥) هذا لفظ الدارقطني (٣٠٠٩) وابن حبان (٥٠٤٩)، وفيه: «هاء وهاء»، ولفظ «موارد الظمآن» (١١٠١).

(٦) الإمام أحمد (١٣٢٧٦)، والدارقطني (٣٠٠٩)، وأبو داود (٣٥٠١)، وابن ماجه =

وَدَينٍ، وإن طَلَب غُرَماؤُه.

وحُبِس ليَبيعَ مالَه في دَينه، فلو مالُه ودَينُه دَراهِمَ: قُضِي بلا أَمره.

ولو دَينُه دَراهِمَ وله دَنانيرُ، ....

(و) لا يُحجَرُ أيضًا بسَبَب (دَينٍ، وإن طَلَب غُرَماؤُه) الحَجْرَ عليه عند أبي حنيفةَ؛ لأن في الحَجْر إهدارَ أهليّتِه وإلحاقَه بالبَهائِم، وذلك ضَرَرٌ عَظيمٌ، فلا يَجوزُ إلحاقُه به لدَفع ضَرَرٍ خاصٍّ، ولا يَتصرَّفُ الحاكِمُ في ماله؛ لأنه لا حَجْرَ عليه.

وعندهما: إذا طَلَبوا الحَجْرَ عليه حَجَره ومَنَعه من التَّصرُّف والبَيعِ بأقَلَّ من ثَمَن الْمِثلِ، وإذا امتَنَع عن بَيع مالِه يَبيعُه، ويَقسِمُ الثَّمَنَ بينهم بالحِصَص، وبه قالَت الثَّلاثةُ.

(وحُبِس) أي الْمَديونُ، يَعني: حَبَسه القاضِي (ليَبيعَ مالَه في دَينه) لأن قَضاءَ الدَّينِ واجِبٌ عليه، والْمُماطَلةَ ظُلمٌ، فيَحبِسُه الحاكِمُ دَفعًا لظُلمه، وإيصالًا للحقِّ إلى مُستحِقِّه.

(فلو) كان (مالُه ودَينُه دَراهِمَ: قُضِي) دَينُه (بلا أَمره) وكذا إذا كان كِلاهما دَنانيرَ (ولو) كان (دَينُه دَراهِمَ وله) أي للمَديون (دَنانيرُ،

= (٢٣٥٤)، والترمذي (١٢٥٠)، وقال: وحديث أنس حديث حسن صحيح غريب. والعمل على هذا الحديث عند بعض أهل العلم، وقالوا: الحجر على الرجل الحر في البيع والشراء، إذا كان ضعيف العقل، وهو قول أحمد وإسحاق، ولم ير بعضهم أن يحجر على الحر البالغ.

وهو في البخاري (٢١١٧) ومسلم (١٥٣٣) والنسائي (٤٤٨٤) مختصرًا، دون ذكر اسم عمرو رضي الله عنهما

أو بالعَكس: بِيعَ في دَينه.

ولم يُبَع عَرْضُه وعَقارُه.

أو بالعَكس) بأن كان دَينُه دَنانيرَ وله دَراهِمُ (بِيعَ في دَينه) بالإجماع.

(ولم يُبَع عَرْضَه) أي لا يَبيعُ القاضِي عَرْضَ الْمَديونِ (و) لا (عَقارُه) عند أبي حنيفةَ، وعندهما: يَبيعُ، لكن يَبدأ بُبَيع النُّقودِ، فإن فَضَل شيءٌ من الدَّين باع العُروضَ، فإن لم يَفِ ثمَنُها بالدَّين باع العَقارَ، وقِيل: يَبدأُ القاضِي ببَيع ما يُخشى عليه التَّوى من عُروضه، ثم ما لا يُخشى عليه التَّلَفُ منه، ثم يَبيعُ العَقارَ.

فالحاصِلُ: أن القاضِيَ نُصِّبَ ناظِرًا، فيَنبَغي له أن يَنظُرَ للمَدين كما يَنظُرُ للدّائِن، فيَبيعُ ما كان أنظَرَ له، وبَيعُ[1] ما يُخشى عليه التَّلَفُ أنظَر له.

ويُترَكُ عليه دَسْتٌ[2] من ثِياب بدَنِه، ويُباعُ الباقِي، وقِيل: يُترَكُ له دَسْتان؛ لأنه إذا غَسَل ثِيابَه لا بُدَّ له من مَلبَسٍ، وقالُوا: إذا كان للمَدين ثِيابٌ يَلبَسُها، ويَكتَفي بدون ذلك: فإنه يَبيعُ ثِيابَه، فيَقضِي الدَّينَ ببَعض ثمَنِها، ويَشتَري بما بَقِي ثَوبًا يَلبَسُه؛ لأن قَضاءَ الدَّينِ فَرضٌ عليه، فكان أَولى من التَّجَمُّل[3].

---

(١) في (ب) و(د): وبيع.

(٢) الدَّستُ من الثياب: ما يلبسه الإنسان، ويكفيه لتردده في حوائجه، والجمع دُسُوت، مثل: فَلْسٍ وفُلُوس. «المصباح المنير» ١/ ١٩٤.

(٣) في (أ) و(ب) و(ج) و(د): التحمل. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٠٠.

وإفلاسٍ، ....

وعلى هذا: إذا كان له مَسكَنٌ، ويُمكِنُه أن يَجتزِئَ بما دون ذلك: يَبيعُ ذلك الْمَسكَنَ، ويَقضِي ببَعض ثمَنِه الدَّينَ، ويَشتَري بالباقِي مَسكَنًا يَكفيه، وعن هذا قالُوا: يَبيعُ ما لا يَحتاجُ إليه في الحالِ، حتى يَبيعُ اللِّبْدَ[1] في الصَّيف، والنِّطَعَ[2] في الشِّتاء.

وإن أقَرَّ بمالٍ في حالة الحَجْرِ لَزِمه ذلك بعد قَضاءِ الدُّيونِ، بخِلاف ما إذا استَهلَكَ مالًا لغَيرهم؛ حيث يُزاحِمُهم صاحِبُ المالِ الْمُستهلَكِ.

ولو كان سبَبُ وُجوبِ الدَّينِ ثابِتًا عند القاضِي بعِلمِه، أو بشَهادة الشُّهودِ: شارَكَ الغُرَماءَ.

ولو استَفاد مالًا آخَرَ بعد الحَجْرِ نَفَذ إقرارُه فيه.

ويُنفَقُ على الْمَدين الْمَحجورِ، وعلى زَوجته، وأولادِه الصِّغارِ، وذَوِي أرحامِه.. من مالِه؛ لأن حاجتَه الأصلِيّةَ مُقَدَّمةٌ على حقِّ الغُرَماءِ.

(و) لا يُحجَرُ أيضاً بسَبَب (إفلاسٍ) بل يُحبَسُ حتى يَظهَرَ للقاضِي أنه لا مالَ له، فإذا ظَهَر له ذلك أخرَجه من الحَبس، وقد ذَكَرنا تَمامَه في كِتاب القَضاءِ.

ثم إذا أخرَجه منه لا يَحولُ بينه وبين غُرَمائِه بعد الإخراجِ، بل يُلازِمونه عند أبي حنيفةَ، ويأخُذون فَضلَ كَسبِه، ويُقسَمُ بينهم بالحِصَص،

---

(١) اللِّبْد: وِزان حِمل، ما يتلبد من شعر أو صوف، واللِّبْدة أخص منه. «المصباح» ٢/٥٤٨.

(٢) النطع: بوزن العِنَب: المتخذ من الأديم. «المغرب» ص٤٦٨.

وإن أفلَس مُبتاعُ عَينٍ: فبائِعُه أُسوةٌ للغُرَماء.

ولا يَمنَعونه من السَّفَر والتَّصرُّفِ، ولا يُجلِسونه[1] في مَكانٍ؛ لأنه حَبسٌ، بل يَدورُ هو حيث شاء، ويَدورُون معه.

ولو دَخَل في داره لحاجَته[2].. قال في «الهِداية»: لا يَتبَعُه، بل يَجلِسُ[3] على باب دارِه إلى أن يَخرُجَ؛ لأن الإنسانَ لا بُدَّ أن يَكونَ له مَوضِعُ خَلوةٍ، وقال في «الزِّيادات»: إذا لم يَأذَن له في الدُّخول يَحبِسُه[4] على باب الدّارِ، ويَمنَعُه من الدُّخول؛ كي لا يَختفِيَ أو يَهرُبَ من جانِبٍ آخَرَ.

وقال في «النِّهاية»: ليس لصاحِب الحقِّ أن يَمنَعَ الْمَلزومَ أن يَدخُلَ دارَه لغائِطٍ أو غَداءٍ، إلا إذا أعطى له الغَداءَ، أو أعدَّ له مَوضِعًا آخَرَ لأجل الغائِطِ، فحينَئذٍ له مَنعُه من ذلك حتى لا يَهرُبَ.

وقالا: إذا فَلَّسه الحاكِمُ حالَ بينه وبين غُرَمائِه، إلا أن يُقيموا البَيِّنةَ أن له مالًا.

(وإن أفلَس مُبتاعُ عَينٍ) أي مُشتَري عَينٍ، يَعني: اشتَرى عَينًا فأفلَس، والْمَتاعُ في يَده (فبائِعُه) أي فبائِعُ العَينِ (أُسوةٌ للغُرَماء) فيه، يَعني: يُشارِكُ البائِعُ الغُرَماءَ أصحابَ الدُّيونِ.

---

(١) في (ج) و(هـ): يحبسونه.
(٢) في (ج) و(د): لحاجة.
(٣) في (ج) و(د) و(هـ): يحبس.
(٤) في (أ): يجلسه. والعبارة المثبتة موافقة لـ «التبيين» ٥/ ٢٠٠، وعبارة (أ) موافقة لـ «الفتاوى الهندية» ٥/ ٦٤ نقلًا عن «التبيين».

....

وقال الشّافعيُّ: البائعُ أولى، سواءٌ كان قبلَ القَبضِ أو بعده؛ لحَديث سَمُرةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال: «مَن وَجَد مَتاعَه عند مُفلِسٍ بعَينه فهو أحَقُّ به»[1]، رَواه أحمدُ[2]، ولنا: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أيُّما رجلٍ باع

---

(١) الجواب عنه: أن المراد به الوديعة والعارية وأمثالهما، دون المبيع، ولهذا قال: من وجد عين ماله، وهو الوديعة والعارية، وأما المبيع فلم يبق بالبيع من أمواله حقيقة، وكان حمل الكلام على الحقيقة أولى. «الغرة المنيفة» ص٩٩.
وقال المصنف في «البناية» ١١/١٢٨: معناه إذا باع شيئًا على أنه بالخيار فوجد المشتري مفلسًا في مدة الخيار فهو أحق بماله، أي فيتخير الفسخ، ويكون معناه إرشادًا إلى ما هو الأوثق، كما في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓا۟ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وغيره. وقيل: هذا محمول على الغصب، فإن المغصوب منه أحق بماله إذا وجد عند الغاصب، وفيه نظر؛ لأن قوله قد أفلس يبقى حقه حينئذٍ ضائعًا؛ لأن أحقية الملك ثابت في الغصب وُجد مفلسًا أو مليئًا.
وقيل: هو محمول على الوديعة، وفيه نظر أيضًا، وقيل: محمول على أنه قبض المبيع بغير إذن البائع، وفي هذا الموضع له حق الاسترداد.
وما ذهبنا إليه هو قول جماعة من الجلة الأكابر، قال عبد الرزاق: عن معمر عن الزهري: أيما رجل باع من رجل سلعة فأفلس المشتري فإن وجد البائع سلعة بعينها فهو أحق بها، فإن كان قبض من ثمنها شيئا فهو والغرماء سواء، وإن مات المشتري فالبائع أسوة الغرماء، وكذا روي عن عمر بن عبد العزيز، وروى أيضًا عن معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن شريح قال: أيما غريم اقتضى منه شيئًا بعد إفلاسه فهو والغرماء سواء يخاصم به، وبه كان يفتي ابن سيرين، وإليه ذهب ابن جبير ذكره صاحب «التمهيد»، وفي «الاستذكار»: قال النخعي وأبو حنيفة وأهل الكوفة هو أسوة الغرماء على كل حال. انتهى.
(٢) (٨٥٦٦)، ورواه البخاري (٢٤٠٢) بلفظ: «من أدرك ماله بعينه عند رجل -أو إنسان- قد أفلس فهو أحق به من غيره»، ومسلم (١٥٥٩) بلفظ: «إذا أفلس =

....

سِلعةً، فأدرَكها عند رجلٍ قد أفلَس: فهو مالُه بين غُرَمائِه»، أخرَجه الدّارَقُطنيُّ[1]، من غَير استِفسارٍ.

فإن قُلتَ: في إسناده ابنُ عَيّاشٍ، وهو ضَعيفٌ[2]، وهو مُرسَلٌ.

قُلتُ: قد وَثَّقه أحمدُ[3]، والمُرسَلُ عندنا حُجّةٌ، وقد احتَجَّ به الخَصّافُ والرّازيُّ وأسنَداه.

ورُوي أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ باع من مُعاذٍ مالَه، وقَسَمه بين غُرَمائِه بالحِصَص، حتى لم يَبقَ لِمُعاذٍ شيءٌ، ....

= الرجل، فوجد الرجل متاعه بعينه، فهو أحق به».

(١) رواه ابن ماجه (٢٣٥٩) والدارقطني (٢٩٠٣) بلفظ: «أيما رجل باع سلعة، فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس، ولم يكن قبض من ثمنها شيئًا: فهي له، وإن كان قبض من ثمنها شيئًا: فهو أسوة الغرماء».
ورواه ابن ماجه بلفظ (٢٣٦١): «أيما امرئ مات وعنده مال امرئ بعينه، اقتضى منه شيئًا أو لم يقتض: فهو أسوة الغرماء».

(٢) قال الدارقطني عقب إيراد الحديث: إسماعيل بن عياش مضطرب الحديث، ولا يثبت هذا عن الزهري مسندًا، وإنما هو مرسل.

(٣) قال في «تهذيب التهذيب» ١/ ٣٢٢: قال عبد الله بن أحمد: قال أبي لداود بن عمرو وأنا أسمع: كم كان يحفظ؟ يعني إسماعيل، قال: شيئًا كثيرًا، قال: كان يحفظ عشرة آلاف، قال: عشرة آلاف وعشرة آلاف وعشرة آلاف، فقال أبي: هذا كان مثل وكيع، وقال الفضل بن زياد عن أحمد: ليس أحد أروى لحديث الشاميين من إسماعيل بن عياش والوليد بن مسلم...
وقال يعقوب بن سفيان: تكلم قوم في إسماعيل، وإسماعيل ثقة عدل، أعلم الناس بحديث الشام، وأكثر ما قالوا: يغرب عن ثقات المدنيين والمكيين.

أَخرَجه الدّارَقُطنيُّ[1]، ولم يَستفسِر هل للبائِع سِلعةٌ قائِمةٌ أم لا، وحَديثُ سَمُرةَ في إِسناده عمرُ بنُ إبراهيمَ، قال أبُو حاتِمٍ: لا يُحتَجُّ به.

فإن قُلتَ: أخرَج البُخاريُّ ومُسلِمٌ وغيرُهما[2]، عن أبِي هُرَيرةَ عن النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «من وَجَد عَينَ مالِه عند رجلٍ قد أَفلَس: فهو أَحَقُّ به ممن سِواه».

قُلتُ: أبُو هُرَيرةَ هو الذي رَوى حَديثَنا أيضًا، فاختَلَفت الرِّوايةُ، وذلك يُوجِبُ وَهْنًا في الحَديث على ما عُرِف، واللهُ أعلمُ.

---

(١) روى الطبراني ٢٠/ ٣٠ وأبو نعيم في «الحلية» ١/ ٢٣١ والحاكم مختصرًا (٥١٧٩) والبيهقي (١١٢٦٢) عن ابن كعب بن مالك قال: كان معاذ بن جبل شابًا جميلًا سمحًا من خير شباب قومه، لا يُسأل شيئا إلا أعطاه، حتى ادَّان دينًا أغلق ماله، قال: فكلم رسولَ الله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ أن يكلم غرماءه، ففعل، فلم يضعوا له شيئًا، فلو تُرك لأحد بكلام أحد لتُرك لمعاذ بكلام رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ، فدعاه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ، فلم يبرح حتى باع ماله وقسمه بين غرمائه، فقام معاذ لا مال له، فلما حج بعثه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ إلى اليمن ليجبره، قال: وكان أول من تجر في هذا المال معاذ، فقدم على أبي بكر من اليمن وقد توفي رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ.

(٢) رواه البخاري (٢٤٠٢) ومسلم (١٥٥٩)، لفظ البخاري: «من أدرك ماله بعينه عند رجل -أو إنسان- قد أفلس فهو أحق به من غيره»، ولفظ مسلم: «إذا أفلس الرجل، فوجد الرجل متاعه بعينه، فهو أحق به».

فصلٌ [في بيان حدِّ البلوغ]

بُلوغُ الغُلامِ: بالاحتِلام، والإحبالِ، والإنزالِ، وإلا فحتى يَتِمَّ ثَماني عشرةَ سَنةً.

والجارِيةِ بالحَيض، والاحتِلام، والحَبَل، وإلا فحتى تُتِمَّ سَبعَ عشرةَ سَنةً.

ويُفتى بالبُلوغ فيهما بخَمْسَ عشرةَ سَنةٍ.

هذا (فصلٌ) في بَيان حدِّ البُلوغِ

(بُلوغُ الغُلامِ) بأحَد ثَلاثةِ أشياءَ، الأوَّلُ: (بالاحتِلام، و) الثّاني: (الإحبالُ، و) الثّالثُ: (الإنزالُ) لأنها أماراتُ البُلوغِ، وهذا بالإجماع[1] (وإلا) أي وإن لم تُوجَد عَلامةٌ من هذه العَلاماتِ (فحتى يَتِمَّ) عليه (ثَماني عشرةَ سَنةً).

(و) بُلوغُ (الجارِيةِ) بأحَد ثَلاثةِ أشياءَ أيضًا، الأوَّلُ: (بالحَيض، و) الثّاني: (الاحتِلام، و) الثّالثُ: (الحَبَل) وهذا بالإجماع أيضًا (وإلا) أي وإن لم تُوجَد عَلامةٌ من هذه العَلاماتِ (فحتى تُتِمَّ سَبعَ عشرةَ سَنةً) هذا عند أبي حنيفةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(ويُفتى بالبُلوغ فيهما) أي في الغُلام والجارِيةِ (بخَمْسَ عشرةَ سَنةٍ) وهذا قولُهما، وهو قولُ الثَّلاثةِ أيضًا؛ لأنه المُعتادُ الغالِبُ[2]، وهو أيضًا رِوايةٌ عن أبي حنيفةَ، وعنه في الغُلام: تِسعَ عشرةَ سَنةً.

---

(1) في سوى (ز) و(ح): وهذا إجماع. (2) في (أ) و(ج): والغالب.

وأدنى الْمُدّةِ في حقِّه: اثنتا عَشْرة سَنةً، وفي حقِّها: تِسعُ سِنينَ.
فإن راهَقا وقالا: بلَغْنا: صُدِّقا، وأحكامُهما أحكامُ البالِغِين.

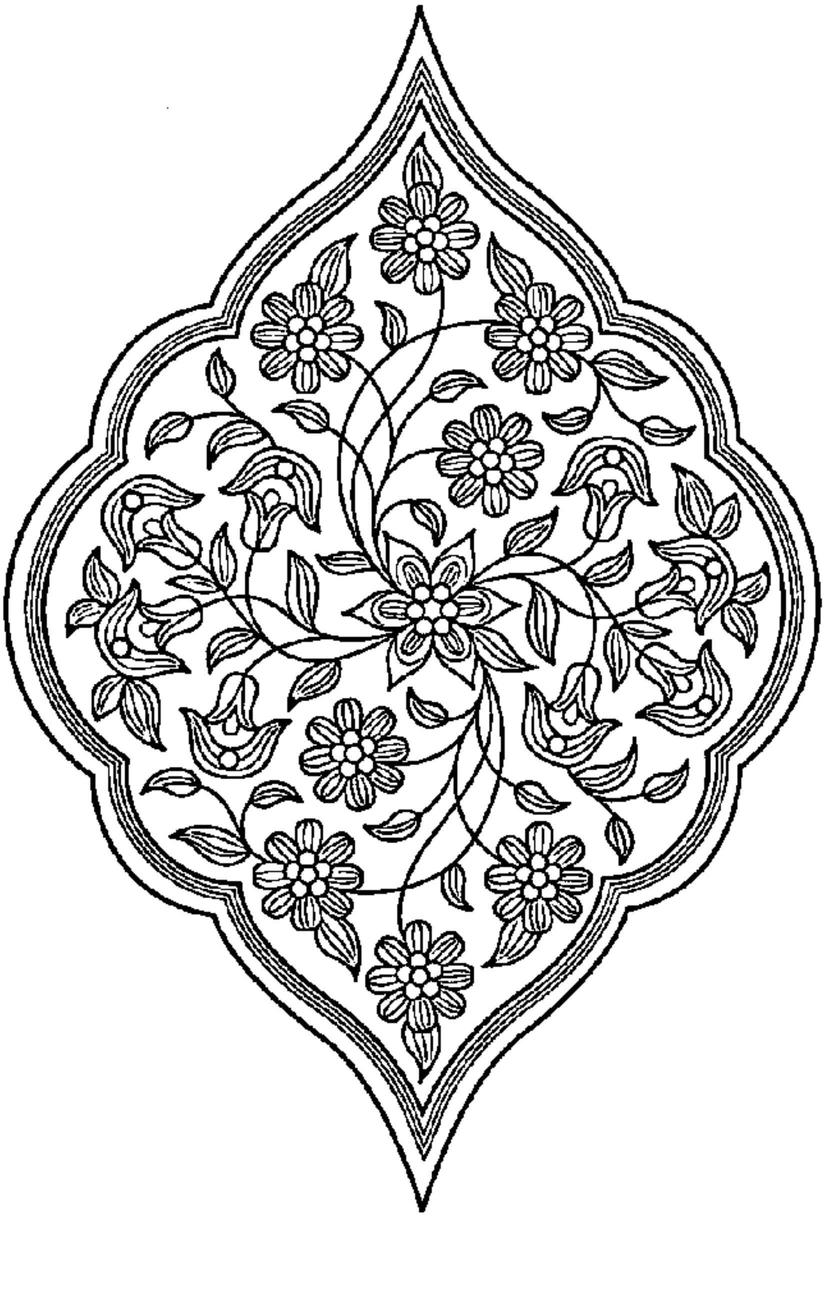
وقِيل: الْمُرادُ به أن يَطعَنَ في التّاسِعَ عشَرَ، فلا اختِلافَ بين الرِّوايتَين؛ لأنه لا يَتِمُّ له ثَماني عشْرةَ سَنةً إلا ويَطعَنُ في التّاسِعَ عشَرَ.

وقِيل: فيه اختِلافُ الرِّوايةِ حَقيقةً؛ لأنه ذُكِر في بَعض النُّسَخِ: حتى يَستكمِلَ تِسعَ عشْرةَ سَنةً.

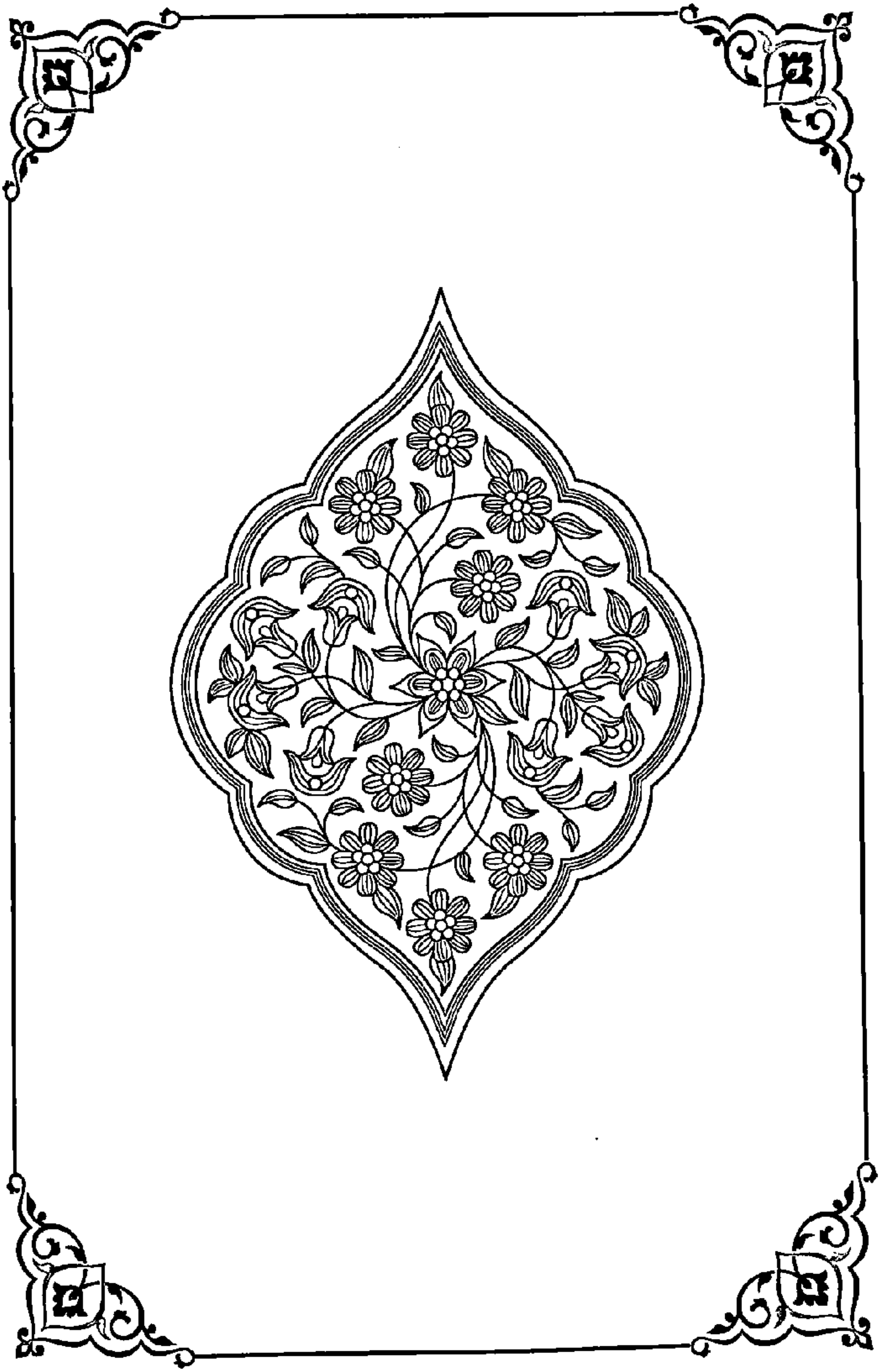
(**وأدنى الْمُدّةِ في حقِّه**) أي في حقِّ الغُلامِ (**اثنتا عَشْرة سَنةً، و**) أدنى الْمُدّةِ (**في حقِّها**) أي في حقِّ الجارِيةِ (**تِسعُ سِنينَ**) وهذا لا يُعرَفُ إلا سَماعًا أو بالتَّتبُّع.

(**فإن راهَقا**) أي الغُلامُ والجارِيةُ، ومَعناه: إذا قارَبا الحُلُمَ (**وقالا: بلَغْنا: صُدِّقا**) لأنه أمرٌ لا يُوقَفُ عليه إلا من جِهَتهما، فيُقبَلُ فيه قولُهما، كما يُقبَلُ قولُ الْمَرأةِ فيما لا يَطَّلِعُ عليه غيرُها، كالحَيض وغيرِه.

(**وأحكامُهما**) أي وأحكامُ الْمُراهِقَين (**أحكامُ البالِغِين**) في سائِر التَّصرُّفاتِ، واللهُ أعلمُ.



كتاب المأذون



كِتاب الْمَاذونِ

الإذنُ: فَكُّ الحَجْرِ، وإسقاطُ الحقِّ.

فلا يَتوقَّتُ، ولا يَتخصَّصُ.

ويَثبُتُ بالسُّكوت إن رَأى عبدَه يَبيعُ ويَشتَري.

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (الْمَأذون)

هو مَفعولٌ من الإذن، وهو الإطلاقُ، وهو فَكُّ الحَجرِ مُطلَقًا.

وفي الشَّرع: (الإذنُ: فَكُّ الحَجْرِ، وإسقاطُ الحقِّ) لأن العبدَ أهلٌ للتَّصرُّف بعد الرِّقِّ، إلا أنه حُجِر عليه عن التَّصرُّف لحَقِّ الْمَولى، فإذا أَذِن فقد أسقَط حقَّه، فكان العبدُ مُتصرِّفًا بأهليّته الأصليّةِ، ولهذا لا يَرجع على الْمَولى بما لَحِقه من العُهْدة.

(فلا يَتوقَّتُ) الإذنُ بزَمانٍ ولا مَكانٍ (ولا يَتخصَّصُ) بنَوعٍ من التِّجارة، كالْمُكاتَب، وقال زفرُ: هو تَوكيلٌ وإنابةٌ، فيَتقيَّدُ بما قَيَّد به الْمَولى، وبه قال الشّافعيُّ وأحمدُ، وعند مالِكٍ: لو في البَرِّ يَتقيَّد، وإلا لا.

(ويَثبُتُ) الإذنُ (بالسُّكوت) أي بسُكوت الْمَولى (إن رَأى عبدَه يَبيعُ ويَشتَري) ولا فرقَ في ذلك بين أن يَبيعَ عَينًا مَملوكًا للمَولى أو لغَيره، بإذنه أو بغَير إذنِه، بَيعًا صَحيحًا أو فاسِدًا، هكذا ذَكَر صاحِبُ «الهِدايةِ» وغيرُه.

فإن أَذِن عامًّا، لا بشِراء شيءٍ بعَينه: يَبيعُ، ويَشتَري، ....

وذَكَر قاضِي خانَ في «فَتاواه»: إذا رَأى عبدَه يَبيعُ عَينًا من أعيان المالِكِ، فسَكَت: لم يكن إذنًا، وكذا المُرتهِنُ إذا رَأى الرّاهنَ يَبيعُ الرَّهنَ، فسَكَت: لا يَبطُل الرَّهنُ، ورَوى الطَّحاويُّ عن أصحابنا: أنه رِضًا، ويَبطُل الرَّهنُ.

ولو أَمَره المَولى ببَيع مَتاعِ غيرِه يَصيرُ مَأذونًا له، ولو رَأى عبدَه في حانُوته يَبيعُ، فسَكَت حتى باعَ متاعًا كَثيرًا من ذلك: كان إذنًا.

وعند زفرَ والشّافعيِّ: لا يَثبُتُ الإذنُ بسُكوت المَولى عندما يَراه يَبيعُ أو يَشتَري؛ لأنه يَحتمِل الرِّضا والسُّخطَ، فلا يَثبُت بالشَّكِّ.

ولنا: أن العادةَ قد جَرَت بذلك لأَجل دفعِ ضرَرِ النّاسِ.

(فإن أَذِن) المَولى إذنًا (عامًّا) بأن قال له: أَذِنتُ لك في التِّجارة (لا بشِراء شيءٍ بعَينه) يَعني: لم يُقيِّده بشِراء شيءٍ بعَينه، ولا بنَوعٍ من التِّجارة: جاز له التَّصرُّفُ في جَميع التِّجاراتِ، و(يَبيعُ ويَشتَري) لأن اللَّفظَ يَتناولُ جَميعَ ألفاظِ أنواعِ التِّجاراتِ، وأما إذا أَمَره بشِراء شيءٍ بعَينه، كالطَّعام والكِسوةِ: لا يَكونُ مَأذونًا له؛ لأنه استِخدامٌ، ولو صار مَأذونًا له لَتَضرَّر.

ثم إذا صار مَأذونًا له في جَميع التِّجاراتِ: له البيعُ والشِّراء، ولو كان بغَبْنٍ فاحشٍ عند أبي حنيفةَ، وقالا: لا يجوزُ بمُحاباةٍ لا يَتغابَن النّاسُ في مِثله؛ لأن الغَبْنَ الفاحِشَ جارٍ مَجرى التَّبرُّع، حتى اعتُبِر من المَريض من

ويُوكِّلُ، ويَرهَنُ، ويَسترهِنُ، ويَستأجِرُ، ويُضارِبُ، ويُؤجِرُ نفسَه، ويُقِرُّ بدَينٍ، وغَصبٍ، ووَديعةٍ.

ولا يَتزوَّجُ، ولا يُزوِّجُ مَملوكَه، ....

ثُلُث مالِه، ولا يجوزُ من الأب والوصيّ والقاضِي في مال الصَّغيرِ.

وله: أنه يَتصرَّف بمالِكية نفسِه، والإذنُ فَكُّ الحَجْرِ، فيَجوزُ تَصرُّفُه كيفما وَقَع.

(ويُوكِّلُ) الْمَأذونُ بهما، أي بالبَيع والشِّراءِ؛ لأنه من تَوابع التِّجارةِ، فلعلَّه لا يَتمكَّن من مُباشَرة الكلِّ، فيَحتاجُ إلى مُعِينٍ.

(ويَرهَنُ) الْمَأذونُ (ويَسترهِنُ) أي يَأخُذُ الرَّهنَ؛ لأنهما من تَوابع التِّجارةِ.

(ويَستأجِرُ، ويُضارِبُ) لأنه من باب صُنعِ التُّجّارِ.

(ويُؤجِرُ) الْمَأذونُ (نفسَه) وقال الشّافعيُّ: ليس له ذلك؛ لأن ذلك تَصرُّفٌ في نَفسه، فلا يَنتظِمُه الإذنُ، وبه قال مالِكٌ وأحمدُ، ولنا: أن ذلك من صَنيعِ التُّجّارِ، فيَنتظِمُه الإذنُ.

(ويُقِرُّ) الْمَأذونُ (بدَينٍ وغَصبٍ ووَديعةٍ) لأن الإقرارَ من تَوابع التِّجارةِ؛ لأنه لو لم يَصِحَّ إقرارُه لم يُعامِله أحدٌ، وعند الثَّلاثةِ: يُقِرُّ بدَينِ مُعامَلةٍ فقط، حتى لا يُسمَعُ في غَيره.

(ولا يَتزوَّجُ) الْمَأذونُ؛ لأنه ليس من باب التِّجارة (ولا يُزوِّجُ مَملوكَه) سواءٌ كان ذكَرًا أو أُنثى عندهما، وقال أبو يوسفَ: يجوزُ تَزويجُ الأمةِ؛

ولا يُكاتِبُ، ولا يُعْتِقُ، ولا يُقرِضُ، ولا يَهَبُ، ويُهدي طَعامًا يَسيرًا، ويُضيفُ مَن يُطعِمُه، ويَحُطُّ من الثَّمَن بعَيبٍ.
ودَينُه مُتعلِّقٌ برَقَبته، يُباعُ به ....

لأنه نوعُ تِجارةٍ، ولهما: أنه مَأذونٌ في التِّجارة، وهذا ليس منه، ولهذا لا يَملِكُ تَزويجَ العَبد.

وعلى هذا الخِلافِ: الصَّبيُّ الْمَأذونُ له، والْمُضارِبُ، وشَريكُ العِنانِ، والأبُ، والوَصِيُّ.

(**ولا يُكاتِبُ**) عبدَه؛ لأنه ليس من التِّجارة (**ولا يُعْتِقُ**) لأنه فوقَ الكِتابةِ، فكان أولى بالامتِناع، وإن أجازه الْمَولى ولم يكن عليه دَينٌ: جاز، وكان قبضُ العِوَضِ إليه إن كان العَتقُ على مالٍ، وإن كان عليه دَينٌ مُستَغرِقٌ لا يَنفُذُ عند أبي حنيفةَ، خِلافًا لهما.

(**ولا يُقرِضُ**) لأنه تَبرُّعٌ ابتِداءً، فلا يَملِكُه (**ولا يَهَبُ**) لأنه تَبرُّعٌ مَحْضٌ، وسواءٌ كان بعِوَضٍ أو بغَيره.

(**ويُهدي طَعامًا يَسيرًا، ويُضيفُ مَن يُطعِمُه**) لجَرَيان العادةِ بذلك بين التُّجّارِ.

(**ويَحُطُّ**) الْمَأذونُ (**من الثَّمَن**) أي من ثَمَن الْمَتاعِ الذي باعَه (**بعَيبٍ**) أي بسَبَب عَيبٍ ظَهَر فيه؛ لأنه من صَنيع التُّجّارِ، وقد يَكونُ الحطُّ أنظرَ إليه من قَبول الْمَعيبِ، بخِلاف الحَطِّ من غَير عَيبٍ، أو الحطِّ أكثرَ من العادة.

(**ودَينُه**) أي الدَّينُ الذي يَركَبُ الْمَأذونَ (**مُتعلِّقٌ برَقَبته، يُباعُ به**) أي

إن لم يَفْدِه سَيِّدُه، وقُسِم ثمَنُه بالحِصَص، وما بَقِي: طُولِب به بعدَ عَتقِه.
وينحجِرُ: بحَجْره إن عَلِم به ....

بسَبَب الدَّينِ (إن لم يَفْدِه سَيِّدُه) وقال زفرُ: يَتعلَّقُ بالكَسب لا بالرَّقَبة، فلا تُباعُ رَقَبتُه؛ لأن الرَّقَبةَ لم تَدخُل في الإذن، فلا يَتعلَّقُ دَينُ التِّجارةِ بها، بخِلاف الكَسب؛ لأنه دَخَل في الإذن، وبه قال الشّافعيُّ ومالِكٌ، وعن أحمدَ: يَتعلَّقُ بذِمّة سَيِّدِه.

قلنا[1]: إنه ظاهِرٌ في حقِّ الْمَولى بسَبَب الإذنِ، وكلُّ دَينٍ يَظهَرُ في حقِّه فهو مُتعلِّقٌ بالرَّقَبة؛ لأنه لا بُدَّ من محَلٍّ يَستَوفي منه، وأقربُ الْمَحالِّ إليه نفسُه، فصار كدَين الاستِهلاكِ، والجامِعُ دفعُ ضرَرِ النّاسِ.

(وقُسِم ثمَنُه) أي ثمَنُ العبدِ بين الغُرَماءِ (بالحِصَص) كما في التَّركة (وما بَقِي) من الدَّين (طُولِب) أي العبدُ (به) أي بالذي بَقِي (بعدَ عَتقِه) ولا يُطالَبُ للحالِ؛ لأن دَينَهم ثابِتٌ في ذِمّته، ولم يَستَوفوا الكلُّ منه؛ لأن رَقَبتَه لم تَفِ به، فبَقِي دَينُهم على حاله في ذِمّته، فيَستَوفونه إذا قَدَر[2] على إيفائِه، ولا يَقدِرُ إلا بعدَ العَتقِ؛ لأنه لا يُمكِنُه بيعُه ثانيًا ولا استِسعاؤُه؛ لأن الْمُشتَريَ يَتضرَّرُ، ويُشتَرَط حُضورُ الْمَولى عند بيعِ العبدِ؛ لأنه هو الخَصمُ في رَقَبته.

(وينحجِرُ) الْمَأذونُ (بحَجْره) أي بحَجْر الْمَولى إيّاه (إن عَلِم به) أي

---

(١) في سوى (أ): ولنا.
(٢) في سوى (أ): إذا قدروا.

أكثرُ أهلِ سُوقِه، وبمَوت سَيِّده، وجُنونِه، ولُحوقِه مُرتَدًّا، وبالإباق، والاستيلادِ، ....

بالحَجْر (أكثرُ أهلِ سُوقِه) وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: حَجْرُه صَحيحٌ وإن لم يَعلَم به أحدٌ من أَهل سُوقِه، وبه قال مالِكٌ وأحمدُ.

وهذا بِناءٌ على أن الوَكيلَ يَنعزِلُ بعَزْل الْمُوكِّلِ وإن لم يَعلَم عندهم، وعندنا: يُشتَرَطُ الإعلامُ، إلا إذا كان في مَوضِعٍ لم يَبلُغه، كدار الحَربِ، ويَبقى العبدُ مَأذونًا له إلى أن يَعلَمَ بالحَجْر، كما يَبقى الوَكيلُ على وَكالته حتى يَبلُغَه العَزلُ.

(و) يَنحجِرُ أيضًا (بمَوت سَيِّده، وجُنونِه، ولُحوقِه) بدار الحَربِ حالَ كونِه (مُرتَدًّا) عَلِم العبدُ بذلك أو لم يَعلَم، أما الموتُ: فلأنه يُزيلُ الْمِلكَ، وأما الجُنونُ: فلأنه يُزيلُ الأهليّةَ، وأما اللَّحاقُ: فلأنه موتٌ حُكمًا.

(و) يَنحجِرُ أيضًا (بالإباق) أي بإباق العبدِ الْمَأذونِ، وقال الشَّافعيُّ: يَبقى مَأذونًا؛ لأنه لا يُنافي ابتِداءَ الإذنِ، فلا يُنافي بَقاءَه، وبه قال زفرُ، ولنا: أنه حَجْرٌ بطَريق الدَّلالةِ؛ لأن الرِّضا إنما كان من حيث التَّمكُّنُ من قَضاء الدَّينِ بكَسبه، وهذا بخِلاف ابتِداءِ الإذنِ في الآبِق؛ لأن الصَّريحَ يُبطِلُ الدَّلالةَ.

(والاستيلادِ) بالجرّ، عَطفٌ على الإباق، أي الأمةُ الْمَأذونُ لها تَنحجِرُ باستيلادها الْمَولى، وقال زفرُ: لا تَصيرُ مَحجورًا عليها؛ اعتِبارًا للبَقاء بالابتِداء، فإنه يَصِحُّ أن يَأذَنَ لأمِّ ولَدِه، والبَقاءُ أسهَلُ، وبه قالَت

لا بالتَّدبير، وضَمِن بهما قِيمتَهما للغُرَماء.

فإن أقَرَّ بما في يَده بعدَ حَجْرِه: صحَّ.

ولم يَملِك سَيِّدُه ما في يَده لو أَحاط دَينُه بماله ورَقَبتِه، فبَطَل تحريرُه

الثَّلاثةُ، ولنا: أنها صارَت بصِفةٍ لا يَتعلَّقُ الدَّينُ برَقَبتِها، ولا يُمكِنُ الاستيفاءُ منها، فبَطَل الإذنُ.

(لا) تَنحجِرُ الأمةُ (بالتَّدبير) يَعني: إذا دَبَّر الأمةَ الْمَأذونَ لها، وهذا بالإجماع؛ لانعِدام دَلالةِ الحَجْرِ.

(وضَمِن) الْمَولى (بهما) أي بالاستيلاد والتَّدبيرِ (قِيمتَهما) أي قِيمةَ الأمةِ التي استَولَدها، وقِيمةَ الأمةِ التي دَبَّرها بعد الإذنِ لهما (للغُرَماء) لأنه أتلَف بهما محَلًّا تَعلَّق به حقُّ الغُرَماءِ؛ لأنه بفِعله امتَنَع بَيعُهما، وبالبَيعِ[1] يُقضَى حقُّهم، وعند الثَّلاثةِ: لا يَضمَنُ.

(فإن أقَرَّ) الْمَأذونُ (بما في يَده بعدَ حَجْرِه: صحَّ) إقرارُه عند أبي حنيفةَ، سواءٌ أقَرَّ بأنه أمانةٌ عندَه أو غَصبٌ، أو أقَرَّ بدَينٍ، وقالا: لا يَصِحُّ إقرارُه، وهو القِياسُ؛ لأن الْمُصحِّحَ هو الإذنُ، وقد زال، وبه قالَت الثَّلاثةُ، وله: أن الْمُصحِّحَ هو اليدُ، وهي باقِيةٌ.

(ولم يَملِك سَيِّدُه) أي سَيِّدُ الْمَأذونِ (ما في يَده) أي ما في يَد الْمَأذونِ (لو أَحاط دَينُه) أي دَينُ الْمَأذونِ (بماله ورَقَبتِه).

وإذا كان كذلك (فبَطَل تَحريرُه) أي تَحريرُ السَّيِّد ....

---

(١) في (ز) و(ح): إذ بالبيع. وانظر «التبيين» ٥/ ٢١٢.

عبدًا من كَسبه، فإن لم يُحِط: صحَّ.

ولم يَصِحَّ بيعُه من سَيِّده إلا بمِثل القِيمةِ، وإن باع سَيِّدُه منه بمِثل قِيمتِه أو أقلَّ: صحّ، ....

(عبدًا من كَسبه) أي من كَسب الْمَأذونِ؛ لأنه أَعتَق ما لا يَملِكُه، هذا عند أبي حنيفةَ، وقالا: يَملِكُ ما في يَده مِن كَسبه، ويَنفُذُ عَتقُه في عَبده، ويَغرَمُ قِيمتَه للغُرَماء، وبه قالَت الثّلاثةُ.

(فإن لم يُحِط) الدَّينُ برَقَبته وبما في يَده (صحَّ) عَتقُه بالإجماع، أما عندهما: فظاهِرٌ، وكذا عندَه في قَوله الآخرِ، وفي قَوله الأوّلِ: لا يَملِكُ، فلا يَصِحُّ إعتاقُه؛ لأن الدَّينَ مُتعلِّقٌ بكَسبه، وفي حقِّ التَّعلُّقِ[1] لا فرقَ بينَ القَليلِ والكَثيرِ، كما في الرَّهن.

(ولم يَصِحَّ بيعُه) أي بيعُ الْمَأذونِ (من سَيِّده إلا بمِثل القِيمةِ) لأنه لا تُهَمةَ في البَيع له بمِثل القِيمةِ، فيَجوزُ، وبأقلَّ منه فيه تُهَمةٌ، فلا يَجوزُ؛ وهذا لأن حقَّ الغُرَماءِ تَعلَّق بالماليّة، فليس له أن يُبطِلَ حقَّهم، بخِلاف ما إذا حابَى الأجنَبيَّ عند أبي حنيفةَ؛ لأنه لا تُهَمةَ فيه.

(وإن باع سَيِّدُه منه) أي من الْمَأذون (بمِثل قِيمتِه أو أقلَّ) من القِيمة (صحّ) لأن الْمَولى أجنَبيٌّ عن كَسب عبدِه إذا كان عليه دَينٌ، والكَلامُ فيه؛ لأنه لا يَملِكُ كسْبَه، فيَخرُجُ الْمَبيعُ عن مِلكه، فيَصِحُّ، كما في الأجنَبيّ.

(١) في (ج): التعليل، وفي (د): التعليق.

ويَطَل الثَّمَنُ لو سَلَّم قبلَ قبضِه، وله حبسُ الْمَبيعِ بالثَّمَن.

وعندهما: جَوازُ البيعِ يَعتمِدُ الفائِدةَ، وقد وُجِدت؛ فإن الْمَولى يَستحِقُّ أخْذَ الثَّمَنِ والعبدِ الْمَبيعَ، فيثْبُت لكلٍّ منهما ما لم يكن ثابِتًا قبلَ ذلك، فأفاد.

(وبَطَل الثَّمَنُ) عن الْمَأذون (لو سَلَّم) الْمَولى الْمَبيعَ (قبلَ قبضِه) أي قبلَ قبضِ الثَّمَنِ، فلا يُطالِبُ العبدَ بشيءٍ؛ لأنه بتَسليم الْمَبيعِ سَقط حقُّه في الحَبس، ولا يَجِبُ له على عَبده شيءٌ، فخَرَج مَجّانًا، بخلافِ ما إذا كان الثَّمَنُ عَرْضًا؛ حيث يَكونُ الْمَولى أحَقَّ به من الغُرَماء؛ لأنه تَعيَّن بالعَقد، فمَلَكه به عندَه.

وعندَهما: تَعلَّق حَقُّه بعَينه، فكان أحَقَّ به من الغُرَماء؛ إذ ليس هو بدَينٍ يَجِبُ في ذِمّة العَبدِ، ويَجوزُ أن تكونَ عَينُ[1] مِلكِه في يَد عبدِه، وهو أحَقُّ به من الغُرَماء، وعن أبي يوسف: أن للمَولى أن يَستردَّ الْمَبيعَ إن كان قائِمًا في يَد العبدِ، ويَحبِسَه حتى يَستوفيَ الثَّمَنَ.

(وله) أي للمَولى (حبسُ الْمَبيعِ بالثَّمَن) أي بسَبَب الثَّمَن، يَعني: له حبسُه حتى يَستوفيَ الثَّمنَ؛ لأن البيعَ لا يُزيلُ مِلكَ اليدِ ما لم يَصِل إليه الثَّمَنُ، فبَقِي مِلكُ اليدِ للمَولى على ما كان عليه حتى يَستوفيَ الثَّمَنَ، ولهذا كان أخَصَّ[2] به من سائِر الغُرَماءِ، بخِلاف ما إذا سَلَّم الْمَبيعَ أوَّلًا؛ حيث يَسقُطُ؛ لما ذَكَرنا.

---

(١) في (ب) و(ج): أن يكون غير ملكه.

(٢) في (ح): كان أحق.

وصحَّ إعتاقُه، وضَمِن قِيمتَه للغُرَماء، وطُولِب بما بَقِي بعد عَتقِه.
وإن باعَه سَيِّدُه وغَيَّبه الْمُشتَري: ضَمَّن الغُرَماءُ البائعَ قِيمتَه، ....

(وصحَّ إعتاقُه) أي إعتاقُ الْمَولى عبدَه الْمَأذونَ له الْمُستغرَقَ بالدَّين بالإجماع؛ لقِيام مِلكِه فيه (وضَمِن قِيمتَه) أي قِيمةَ العبدِ (للغُرَماء) أي لأصحاب الدُّيونِ؛ لأنه أتلَف ما تَعلَّق به حقُّهُم بَيعًا واستِيفاءً من ثَمَنه، ولا وجهَ لردِّ العَتقِ؛ لأنه لا يَقبَلُ الفسخَ، فأوجَبنا الضَّمانَ عليه دَفعًا للضَّرَر عن الغُرَماء..

بخِلاف ما إذا كان الْمَأذونُ له مُدبَّرًا أو أُمَّ ولَدٍ: حيث لا يَجِبُ الضَّمانُ بإعتاقهما للغُرَماء؛ لأن حَقَّهم لم يَتعلَّق برَقَبتهما استيفاءً بالبَيع، فلم يكن الْمَولى مُتلِفًا حَقَّهم، فلم يَضمَن شيئًا.

(وطُولِب) العبدُ الْمَأذونُ (بما بَقِي) من الدَّين (بعد عَتقِه) لأن الدَّينَ مُستقِرٌّ في ذِمّته؛ لوُجود سبَبِه، والْمَولى لم يُتلِف إلا قَدْرَ القِيمةِ، فبَقِي الباقِي عليه كما كان، فيَرجِعُ به عليه، وعند مالِكٍ والشّافعيِّ: يُؤخَذُ مِن كَسبه، وإلا طُولِب بعد عَتقِه، وعن أحمدَ في رِوايةٍ: في ذِمّة سَيِّدِه.

(وإن[1] باعَه سَيِّدُه) أي سَيِّدُ الْمَأذونِ (وغَيَّبه) بالغَين الْمُعجَمةِ، أي غَيَّب العبدَ (الْمُشتَري: ضَمَّن الغُرَماءُ البائعَ قِيمتَه) أي قِيمةَ العبدِ؛ لأنه مُتَعدٍّ ببَيعه وتَسليمِه إلى الْمُشتَري.

---

(١) في (أ): فإن.

فإن رُدَّ عليه بعَيبٍ رَجَع بقِيمته، وحقُّ الغُرَماءِ في العَبد، أو مُشترِيَه،

وإنما قَيَّد بقَوله: (وغَيَّبه): لأن الغُرَماءَ إذا قَدَروا على العَبد كان لهم أن يُبطِلوا البيعَ، إلا أن يَقضِيَ الْمَولى دُيونَهم.

(فإن رُدَّ) العبدُ (عليه) أي على البائع (بعَيبٍ) أي بسَبَب عَيبٍ بعدَما ضَمَّنه الغُرَماءُ قِيمتَه (رَجَع) البائعُ -وهو الْمَولى- (بقِيمته) على الغُرَماء (و) كان (حقُّ الغُرَماءِ في العَبد) لأن سببَ الضَّمانِ قد زال، وهو البيعُ والتَّسليمُ، فصار كالغاصِب إذا باع وسَلَّم وضَمِن القِيمةَ، ثم رُدَّ عليه بالعَيب: كان له أن يَرُدَّ الْمَغصوبَ على المالِك، ويَرجِعَ عليه بالقِيمة التي دَفعَها إليه.

هذا إذا رَدَّه عليه قبلَ القبضِ مُطلَقًا، أو بعدَه بقَضاءٍ؛ لأنه فسخٌ من كلِّ وجهٍ، وكذا إذا رَدَّه عليه بخِيار الرُّؤيةِ أو الشَّرطِ، وإن رَدَّه بالعَيب بعدَ القبضِ بغَير قضاءٍ فلا سَبيلَ للغُرَماء على العَبد، ولا للمَولى على القِيمة؛ لأن الرَّدَّ بالتَّراضِي إقالةٌ، وهي بيعٌ في حقِّ غيرِهما، وإن فَضَل شيءٌ من دَينهم رَجَعوا به على العَبد بعدَ الحُرِّيَّة.

(أو) ضَمَّن الغُرَماءُ (مُشترِيَه) أي مُشترِيَ العبدِ، وهذا عطفٌ على البائِع، والتَّقديرُ: ضَمَّن الغُرَماءُ البائعَ إن شاؤُوا، وإن شاؤُوا ضَمَّنوا الْمُشترِيَ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما مُتَعدٍّ في حقِّ الغُرَماءِ، البائِعُ بما ذَكَرنا، والْمُشتَري بالشِّراء والقَبضِ والتَّعييبِ[1].

---

(١) في (ز) و(ح): والتغييب.

أو أجازُوا البيعَ وأَخَذوا الثَّمَنَ.

(أو أجازُوا) أي الغُرَماءُ إن شاؤُوا أجازُوا (البيعَ، وأَخَذوا الثَّمَنَ) أي ثَمَنَ العبدِ، ولا يُضَمِّنوا أحدًا القِيمةَ؛ لأن الحقَّ لهم، والإجازةُ اللّاحِقةُ كالإِذن السّابقِ.

فالحاصِلُ: أن الغُرَماءَ يَتخيَّرون بينَ ثَلاثةِ أشياءَ: إجازةِ البَيعِ، وتَضمينِ أيِّهما شاؤُوا، ثم إن ضَمَّنوا الْمُشتريَ رَجَع الْمُشتَري بالثَّمَن على البائِع؛ لأن أخذَ القِيمةِ منه كأخذ العَينِ، وإن ضَمَّنوا البائِعَ سَلَّم الْمَبيعَ للمُشتَري، وتَمَّ البيعُ؛ لِزوال المانِعِ.

وأيُّهما اختارُوا تَضمينَه بَرِئ الآخَرُ، حتى لا يَرجِعون عليه، وإن تويت[1] القِيمةُ عند الذي[2] اختارُوه؛ لأن الْمُخيَّرَ بين شَيئَين إذا اختار أحَدَهما تَعيَّن حَقُّه فيه، وليس له أن يَختارَ الآخَرَ.

ولو ظَهَر العبدُ بعدما اختارُوا تَضمينَ أحَدِهما: ليس لهم عليه سَبيلٌ إن كان القاضِي قَضى لهم بالقِيمة ببَيِّنةٍ، أو بإِباء يَمينٍ[3]؛ لأن حَقَّهم تَحوَّل إلى القِيمة بالقَضاء، وإن قَضى بالقِيمة بقَول الخَصمِ مع يَمينِه وقد ادَّعى الغُرَماءُ أكثرَ منه: فهم[4] بالخِيار، إن شاؤُوا رَضُوا بالقِيمة، وإن شاؤُوا رَدُّوها، وأَخَذوا العبدَ فبِيعَ لهم؛ لأنه لم يَصِل إليهم كَمالُ حقِّهم

(١) في سوى (أ): توقت. وانظر «التبيين» ٥/ ٢١٦.
(٢) في (ج) و(د): عند الدين. وانظر «التبيين» ٥/ ٢١٦.
(٣) في (ج): أو بيمين. وانظر «التبيين» ٥/ ٢١٧.
(٤) في سوى (أ): فهو.

وإن باعَه سَيِّدُه، وأعلَم بالدَّين: فللغُرَماء ردُّ البَيعِ.

فإن غاب البائعُ: فالْمُشتَري ليس بخَصمٍ.

بزَعمهم، كذا في «النِّهاية».

(وإن باعَه) أي الْمَأذونَ **(سَيِّدُه و)** الحالُ أنه قد **(أعلَم)** الْمُشتريَ **(بالدَّين: فللغُرَماء ردُّ البَيعِ)** لأن حَقَّهم تَعلَّق به، وهو حقُّ الاستِسعاءِ أو الاستِيفاءِ من رَقَبته، وفي كلٍّ منهما فائِدةٌ، فالأوَّلُ تامٌّ مُؤخَّرٌ، والثّاني ناقِصٌ مُعجَّلٌ، وبالبَيع تَفوتُ هذه الخِيَرةُ، فكان لهم رَدُّه.

وفائِدةُ الإعلامِ بالدَّين: سُقوطُ خِيارِ الْمُشتَري في الرَّدِّ بعَيب الدَّينِ، حتى يَلزَمُ البيعُ في حقِّ الْمُتعاقِدَين، وإن لم يكن لازِمًا في حقِّ الغُرَماءِ.

هذا إذا كان الدَّينُ حالًّا، وكان البيعُ من غَير طلَبِ الغُرَماءِ، والثَّمَنُ لا يَفِي بدَينهم، فأما إذا كان دَينُهم مُؤجَّلًا: فالبَيعُ جائِزٌ؛ لأنه باع مِلكَه وهو قادِرٌ على تَسليمه، ولم يَتعلَّق به حقٌّ لغَيره؛ لأن حقَّ الغُرَماءِ مُتأخِّرٌ، بخِلاف الرَّهنِ بالدَّين الْمُؤجَّلِ: حيث لا يجوزُ بيعُه؛ لأن للمُرتهِن مِلكَ اليدِ فيه، وكذا إذا كان البيعُ بطَلَبهم؛ لأن البيعَ وَقَع لأجلهم، وكذا إذا كان الثَّمَنُ يَفِي بدَينهم.

(فإن غاب البائِعُ) بعد بيع الْمَولى الْمَأذونَ وقبضِ الْمُشتَري **(فالْمُشتَري ليس بخَصمٍ)** للغُرَماء إذا أَنكَر الدَّينَ عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ، وقال أبو يوسفَ: يَكونُ خصمًا، ويُقضى لهم بدَينهم؛ لأنه يَدَّعي الْمِلكَ

ومن قَدِم مِصرًا وقال: أنا عبدُ زيدٍ، فاشتَرى وباعَ: لَزِمه كلُّ شيءٍ من التِّجارة.

ولا يُباعُ حتى يَحضُرَ سَيِّدُه، فإن حَضَر وأقَرَّ بإذنه: بِيعَ، وإلا لا.

لنَفسه، فيَكونُ خصمًا لكلِّ مَن يُنازِعُه، ولهما: أن الدَّعوى[1] تَتضمَّنُ فسخَ العقدِ، وقد قام بهما، فيَكونُ الفسخُ قَضاءً على الغائِب.

وعلى هذا الخِلافِ: إذا اشتَرى دارًا، ووَهَبها وسَلَّمها، وغاب، ثم حَضَر الشَّفيعُ: فالمَوهوبُ له ليس بخَصمٍ عندَهما، خِلافًا له.

(**ومن قَدِم مِصرًا**) من الأمصار (**وقال: أنا عبدُ زيدٍ، فاشتَرى وباعَ: لَزِمه كلُّ شيءٍ من التِّجارة**) لأنه إن أخبَر بالإذن فالإخبارُ دَليلٌ عليهِ، وإن لم يُخبِر فتَصرُّفُه جائِزٌ.

(**ولا يُباعُ**) مَن تَركَّبَ الدَّينُ عليه (**حتى يَحضُرَ سَيِّدُه**) لأنه لا يَلزَمُ من وُجوب الدَّينِ عليه أن يُباعَ به؛ ألا تَرى أن المُدبَّرَ[2] وأُمَّ الوَلَدِ لا يُباعان به، بخِلاف الكسبِ؛ لأن المَولى لا يَملِكُه ما دام مَشغولًا بحاجة العبدِ، وإنما يَخلُفُه في الفاضِل عن حاجَته.

(**فإن حَضَر**) زيدٌ (**وأقَرَّ بإذنه**) أي بأنه أَذِن له (**بِيعَ**) بالدَّين؛ لظُهوره في حقِّه بإقراره (**وإلا**) أي وإن لم يُقِرَّ بإذنه (**لا**) يُباعُ، إلا إذا أثبَت الغُرَماءُ بالبَيِّنة أنه أَذِن له، فحينَئذٍ يُباعُ؛ لأن الثَّابِتَ بالبَيِّنة كالثَّابِت عِيانًا.

---

(١) في (أ): الدعوة.

(٢) في (ب) و(د): أن المدين.

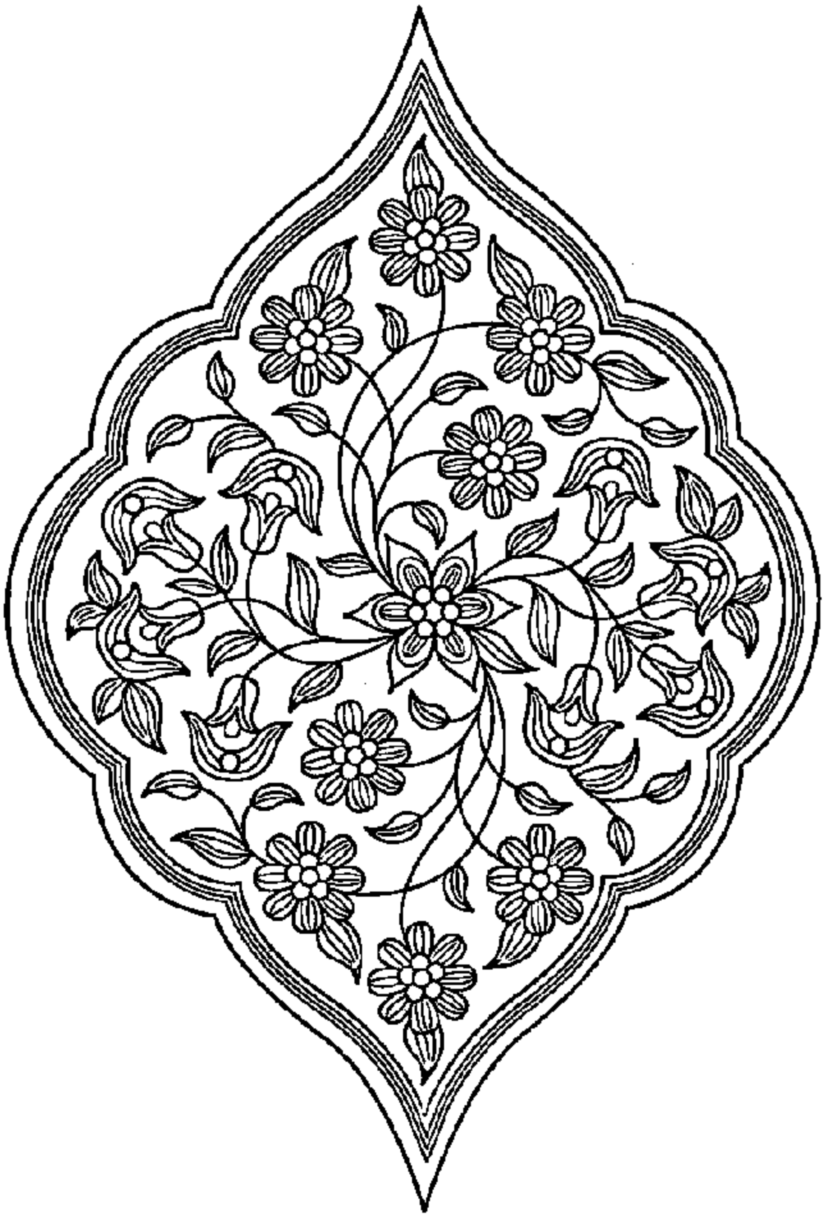
وإن أَذِن للصَّبيِّ أو الْمَعتُوهِ الذي يَعقِلُ البيعَ والشِّراءَ وَلِيُّه: فهو في الشِّراء والبَيعِ كالعَبد الْمَأذونِ.

(وإن أَذِن للصَّبيِّ أو الْمَعتُوهِ) وقد فَسَّرناه فيما مَضى في هذا البابِ (الذي يَعقِلُ البيعَ والشِّراءَ) أي يَعلَمُ أن البيعَ سالِبٌ للمِلك، والشِّراءَ جالِبٌ له، وأن يَقصِدَ الرِّبحَ، ويَعرِفَ به الغَبْنَ اليَسيرَ من الفاحِش، وقولُه: (وَلِيُّه) مَرفوعٌ؛ لأنه فاعِلٌ لقَوله: وإن أَذِن..

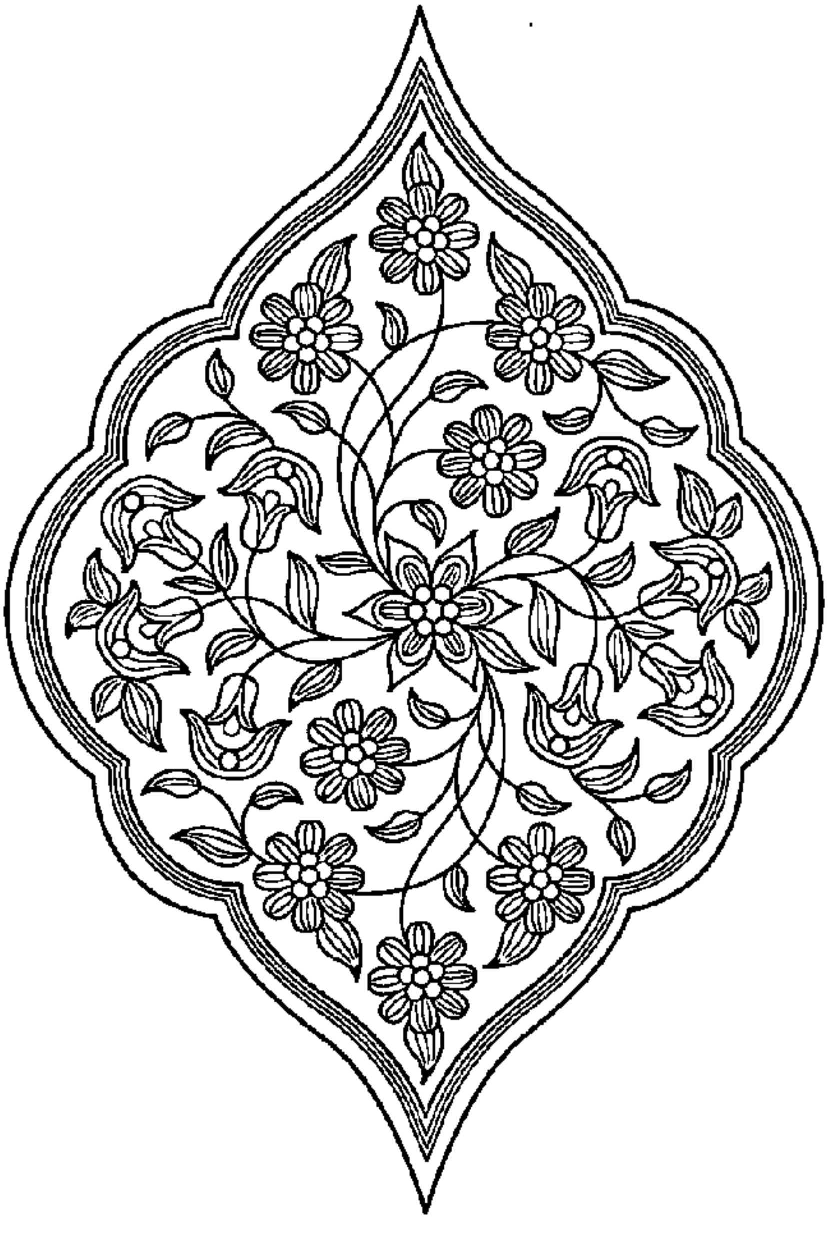
(فهو) أي الصَّبيُّ أو الْمَعتوهُ الْمَذكُوران (في الشِّراء والبَيعِ كالعَبد الْمَأذونِ) في جَميع ما ذَكَرنا من الأحكام من أنه لا يَتقيَّدُ بنَوعٍ من التِّجارة دونَ نَوعٍ، ويَكونُ مَأذونًا له بسُكوت الوليِّ حِينما يَراه يَبيعُ ويَشتَري، ويَصِحُّ إقرارُه بما في يَده مِن كَسبه، ويجوزُ بيعُه بالغَبْن الفاحِشِ عندَه، خِلافًا لهما، إلى غَير ذلك من الأحكام التي ذَكَرناها في العَبد، وقال الشّافعيُّ: لا تَنفُذُ تَصرُّفاتُه.

وأصلُ الخِلافِ: أن عِباراتِه صالِحةٌ للعُقود الشَّرعيّةِ عندنا فيما هو مُتردِّدٌ بينَ النَّفعِ والضَّرِّ[1]، أو النَّفعِ الْمَحْضِ، وعنده: غيرُ صالِحةٍ، حتى لو تَوكَّل بالتَّصرُّف جاز، وعنده: لا يجوزُ.

(١) في (هـ): والضرر.



كتاب الغصب



كِتاب الغَصبِ

هو: إزالةُ اليدِ الْمُحِقّةِ بإثبات اليدِ الْمُبطِلةِ.

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (الغَصبِ)

هو في اللُّغة: أخذُ الشَّيءِ من الغَير على وَجه القهرِ، مالًا كان أو غيرَه، حتى يُطلَقُ على أَخذ الحُرِّ ونحوِه مما لا يُتقوَّمُ، يُقالُ: غَصَبته منه، وغَصَبته عليه.

وفي الشَّرع: (هو) أي الغَصبُ (إزالةُ اليدِ الْمُحِقّةِ) أي التي لها حقٌّ (بإثبات اليدِ الْمُبطِلةِ) في مالٍ مُتقوَّمٍ مُحترَمٍ قابلٍ للنَّقل، بغَير إذنِ مالِكِه.

وهذه القُيودُ لا بُدَّ مِنها؛ فإن الغاصِبَ لا يَضمَنُ زَوائدَ الْمَغصوبِ إذا هَلَكت بغَير تَعَدٍّ؛ لعَدَم إزالةِ يدِ المالِكِ، ولا ما صار مع الْمَغصوبِ بغَير صُنعِه، كما إذا غَصَب دابّةً فتَبِعتها أُخرى أو ولَدُها: لا يَضمَنُ التّابعَ؛ لعَدَم الصُّنعِ فيه، وكذا لا يَضمَنُ غيرَ الْمُتقوَّمِ، كالخَمر، أو غيرَ الْمُحترَمِ، كمالِ الحَربيِّ في دار الحربِ، ولا ما لا يَقبَلُ النَّقلَ، كالعَقار.

وعند محمدٍ: الغَصبُ: هوَ تَفويتُ يدِ المالِكِ لا غيرُ.

وعند الثَّلاثةِ: إثباتُ يدٍ مُبطِلةٍ لا غيرُ، حتى إن الاستِخدامَ أو الحَمْلَ على الدّابّة غَصبٌ، لا الجُلوسَ على البِساط عندَنا، وعندَهم: الجُلوسُ أيضًا غَصبٌ.

فالاستِخدامُ والحَمْلُ على الدّابّة: غَصبٌ، لا الجُلوسُ على البِساطِ.
ويَجِبُ رَدُّ عَينِه في مَكانِ غصبِه، أو مِثلِه إن هَلَك وهو مِثليٌّ.

وقد أشار الشَّيخُ إلى ذلك بقَوله: (فالاستِخدامُ) أي استِخدامُ عبدِ الغيرِ بغَير إذنِه (والحَمْلُ على الدّابّة) أي على دابّة الغيرِ بغَير إذنِه (غَصبٌ) لإثبات اليدِ الْمُبطِلةِ فيه، ومن ضَرورة ذلك إزالةُ اليدِ الْمُحِقّةِ، وهي يدُ المالِكِ (لا) أي ليس بغَصبٍ (الجُلوسُ على البِساطِ) لأنه ليس بتَصرُّفٍ فيه، فليس فيه إثباتُ اليدِ الْمُبطِلةِ؛ لعَدَم إزالةِ اليدِ الْمُحِقّةِ، خِلافًا لهم.

(ويَجِبُ) على الغاصِب (رَدُّ عَينِه) أي عَينِ الْمَغصوبِ؛ لما رَوى البُخاريُّ من قَوله عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «على اليَد ما أخَذَت حتى تَرُدَّ»[1] (في مَكانِ غصبِه) بالإضافة، أي غصبِ العَينِ، ويجوزُ بقَطعها[2]، أي الواجِبُ ردُّ عَينِه في مَكانٍ قد غَصَبه فيه؛ لأن الماليّةَ تَختلِفُ باختِلاف الأماكِنِ، ولهذا تَتفاوتُ القِيمةُ به.

(أو) ردُّ (مِثلِه) أي مِثلِ الْمَغصوبِ (إن هَلَك) الْمَغصوبُ (وهو) أي والحالُ أنه (مِثليٌّ) لقَوله تَعالى: ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، ورَدُّ العَينِ هو الْمُوجَبُ الأصليُّ؛ ....

(١) لم أقف عليه في البخاري، ورواه الإمام أحمد (٢٠١٣١)، وأبو داود (٣٥٦١)، والترمذي (١٢٦٦)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٥١)، وابن ماجه (٢٤٠٠). جميعهم بلفظ «حتى تؤدي» أو «حتى تؤديه».

(٢) فتكون: في مكانٍ غَصَبه.

وإن انصَرَم الْمِثلُ: فقِيمتُه يومَ الخُصومةِ، وما لا مِثلَ له: فقِيمتُه ...

لأنه أعدَلُ وأكمَلُ[1]، وردُّ القِيمةِ أو الْمِثلِ مَخلَصٌ يُصارُ إليه عند تَعذُّرِ ردِّ العَينِ، ولهذا يُطالَبُ بردِّ العَينِ قبلَ الهَلاكِ، ولو أتى بالقِيمة أو الْمِثلِ: لا يُعتَدُّ به؛ لكَونه قاصِرًا.

وكذا يَبرأُ الغاصِبُ بردِّ العَينِ من غَير عِلم المالِكِ، بأن سَلَّمه إليه بجِهةٍ أُخرى، كما إذا وَهَبه له، أو أطعَمه إيّاه فأكَله، والمالِكُ لا يَدري أنه مِلكُه، وفي الإطعام خِلافُ الشّافعيِّ.

(وإن انصَرَم) أي انقَطَع (الْمِثلُ فقِيمتُه) أي فالواجِبُ قِيمتُه (يومَ الخُصومةِ) عندَ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسفَ: يومَ الغصبِ، وعند محمدٍ: يومَ الانقِطاعِ؛ لأنه صار الآنَ كالذي لا مِثلَ له، وبه قال أحمدُ وبعضُ الشّافعيّةِ.

ولأبي يوسفَ: أن سبَبَ الوُجوبِ هو الغَصبُ، فتُعتبَرُ قِيمتُه يومَه، وله: أن حقَّه لا يَنقطِعُ عن الجِنس إلى القِيمة إلا بالقَضاء، فيُعتبَرُ قِيمتُه يومَ القَضاءِ، وبه قال مالِكٌ وأكثرُ الشّافعيّةِ.

(وما لا مِثلَ له) كالحَيَوان، والعَدَديِّ المتفاوت[2] والْمَذرُوعِ (فقِيمتُه) أي فالواجِبُ قِيمتُه ....

---

(١) في (أ): وأقوم. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٢٢.

(٢) كذا في (أ)، وفي (ج): والعددي والمتقارب، وفي الباقي: العددي المتقارب. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٢٣.

يومَ غصبِه.

فإن ادَّعى هَلاكَه: حَبَسه الحاكِمُ، حتى يَعلَمَ أنه لو بَقِي لَأظهَره، ثُمَّ قَضى عليه ببَدَله.

والغَصبُ فيما يُنقَلُ.

فإن غَصَب عَقارًا، وهَلَك ....

(يومَ غصبِه) بالإجماع؛ لأنه تَعذَّر اعتِبارُ الْمِثلِ صُورةً ومَعنًى، وهو الكامِلُ، فيَجِبُ اعتِبارُ الْمِثلِ مَعنًى، وهو القِيمةُ، وقال مالِكٌ: يَضمَنُ مِثلَه صُورةً.

(فإن ادَّعى) الغاصِبُ (هَلاكَه) أي هَلاكَ الْمَغصوبِ (حَبَسه الحاكِمُ حتى يَعلَمَ أنه) أي أن الْمَغصوبَ (لو بَقِي) أي لو كان باقِيًا (لَأظهَره) وهذا مُفوَّضٌ إلى الحاكِمِ، وليس له حَدٌّ مَعلومٌ، كحَبس الغَريمِ في الدَّين.

(ثُمَّ قَضى) الحاكِمُ (عليه) أي على الغاصِب (ببَدَله) ولو ادَّعى الغاصِبُ الهَلاكَ عندَ صاحِبِه بعدَ الرَّدِّ، وعَكَس المالِكُ، وبَرْهَنا: فبَيِّنةُ الغاصِبِ أولى عند محمدٍ؛ لأنها تُثبِتُ الرَّدَّ، وهو عارِضٌ، وعند أبي يوسف: بَيِّنةُ المالِكِ أولى؛ لأنها تُثبِتُ وُجوبَ الضَّمانِ، والآخَرُ يُنكِرُ، والبَيِّنةُ للإثبات.

(والغَصبُ) يَتحقَّقُ (فيما يُنقَلُ) لأنه إزالةُ يدِ المالِكِ بإثبات يدِه، وذلك يُتصوَّرُ في الْمَنقول.

ثم أشار إلى التَّفريع عليه بالفاء بقَوله: (فإن غَصَب عَقارًا، وهَلَك

في يَده: لم يَضمَنه.

وما نَقَص بسُكناه وزِراعتِه: ضَمِن النُّقصانَ، ....

في يَده: لم يَضمَنه) عندَهما، خِلافًا لمحمدٍ على ما ذَكَرنا، وبقَوله قال أبو يوسفَ أوَّلًا، وهو قولُ الثَّلاثةِ، وبه يُفتى في الوَقف[1].

(وما) أي الذي (نَقَص بسُكناه) أي بسُكنى الغاصِبِ في الدّار المَغصوبةِ (وزِراعتِه) في الأرض المَغصوبةِ (ضَمِن النُّقصانَ) بالإجماع؛ لأن ذلك من باب الإتلافِ، والعَقارُ يُضمَنُ به، كما إذا نَقَل تُرابَه.

واختَلَفوا في تَفسيره، فقال نُصَيرُ بنُ يَحيى: إنه يُنظَرُ بكم تُستأجَرُ هذه الأرضُ قبلَ الاستِعمالِ وبعدَه، فيَضمَنُ ما تَفاوَت بينَهما من النُّقصان، وقال محمدُ بنُ سَلَمةَ: يُعتبَرُ ذلك بالشِّراء، يَعني: يُنظَرُ بكم تُباعُ قبلَ الاستِعمالِ وبكم تُباعُ بعدَه، فنُقصانُها ما تَفاوَت من ذلك، فيَضمَنُه، وهو الأقيَسُ؛ لأن العِبرةَ لقِيمة العَينِ دونَ المَنفَعةِ[2].

---

(1) قال في «الدر المختار» ص٦١٤ بعد ذكر كلام المصنف هذا: وذكر ظهير الدين في «فتاويه» الفتوى في غصب العقار والدور الموقوفة بالضمان، وأن الفتوى في غصب منافع الوقف بالضمان.
وفي «فوائد» صاحب «المحيط»: اشترى دارًا وسكنها، ثم ظهر أنها وقف، أو كانت للصغير: لزمه أجر المثل؛ صيانةً لمال الوقف والصغير.
وفي إجارة «الفيض»: إنما لا يتحقق الغصب عندهما في العقار في حكم الضمان، أما فيما وراء ذلك فيتحقق؛ ألا ترى أنه يتحقق في الرد، فكذا في استحقاق الأجرة. اهـ فليحفظ.

(2) وذكر في «النهاية»: أن محمد بن سلمة رجع إلى قول نصير. «التبيين» ٥/ ٢٢٥.

كما في النَّقليِّ.

وإن استَغلَّه: تَصدَّق بالغَلّة، كما لو تَصرَّف في الْمَغصوب والوَديعةِ وربِح.

ثم يَأخُذُ الغاصِبُ رأسَ مالِه، وهو البَذرُ، وما غَرِم من النُّقصان، وما أُنفِق على الزَّرع، ويَتصدَّقُ بالفَضل عندَهما، حتى إذا غَصَب أرضًا، فزرَعها كُرَّين[1]، فأخرَجت ثَمانيةَ أكرارٍ، ولَحِقه من الْمُؤنة قَدْرُ كُرٍّ، ونَقَصها قَدْرُ كُرٍّ: فإنه يَأخُذُ منه أربَعةَ أكرارٍ، ويَتصدَّقُ بالباقِي، وقال أبو يوسفَ: لا يَتصدَّقُ بشيءٍ؛ لأن الزِّيادةَ حَصَلت في ضَمانه ومِلكِه؛ لأن ما ضَمِن من الفائِت يَملِكُه بالضَّمان.

(كما) يَضمَنُ النُّقصانَ (في النَّقليّ) أي في الذي يُنقَلُ ويُحوَّلُ، وهذا بالإجماع أيضًا.

(وإن استَغلَّه) أي وإن استَغلَّ الغاصِبُ الْمَغصوبَ، بأن كان عبدًا مَثَلًا، فآجَره، فنَقَصه بالاستِغلال[2]، وضَمِنَ النُّقصانَ (تَصدَّق بالغَلّة) عندَهما، خِلافًا لأبي يوسفَ، وقد ذَكَرناه الآنَ.

(كما) يَتصدَّقُ بالرِّبح (لو تَصرَّف في الْمَغصوب والوَديعةِ) بأن باع (وربِح) فيه، وهذا على وُجوهٍ:

إما أن يَكونَ مما يَتعيَّنُ بالتَّعيين، كالعُروض، أوْ لا يَتعيَّنُ، كالنَّقدَين، فالأوَّلُ لا يَحِلُّ له التَّناوُلُ منه قبلَ ضَمانِ القِيمةِ، وبعدَه يَحِلُّ، إلا في

(١) الكر: (٢٣٤٠) كغ.
(٢) في (أ): الاستعمال.

ما زاد على قَدْر القِيمةِ، وهو الرِّبحُ الْمَذكورُ هنا، فإنه لا يَطيبُ له، ويَتصدَّقُ به.

والثّاني على أربَعة أوجُهٍ على ما قالَه الكَرْخيُّ:

إما إن أَشار إليه ونَقَد منه، أو أَشار إليه ونَقَد من غَيره، أو أَطلَق إطلاقًا ونَقَد منه، أو أَشار إلى غَيره ونَقَد منه، وفي كلِّ ذلك يَطيبُ له، إلا في الوَجه الأوَّلِ.

وقال مَشايِخُنا رَحِمهمُ اللهُ: لا يَطيبُ بكلِّ حالٍ أن يَتناولَ منه قبلَ أن يَضمَنَ، وبعد الضَّمانِ لا يَطيبُ الرِّبحُ بكلِّ حالٍ، وهو الْمُختارُ، واختار بعضُهم الفَتوى على قَول الكَرْخيِّ في زَمانِنا؛ لكَثرة الحَرامِ.

وهذا كلُّه على قَولهما، وعندَ أبي يوسفَ: لا يَتصدَّقُ بشيءٍ منه.

وهذا الاختِلافُ بينَهم فيما إذا صار بالتَّقلُّب[1] مِن جِنس ما ضَمِن، بأن ضَمِن دَراهِمَ مثلًا، وصار في يَده مِن بَدَل الْمَضمونِ دَراهِمُ، وإن كان في يَده من بَدَله خِلافُ جِنسِ ما ضَمِن، بأن[2] ضَمِن دَراهِمَ مثلًا وفي يَده من بَدَله طَعامٌ أو عُروضٌ: لا يَجِبُ عليه التَّصدُّقُ بالإجماع؛ لأن الرِّبحَ إنما يَتبيَّنُ[3] عندَ اتِّحادِ الجِنسِ، وما لم يصِر[4] بالتَّقلُّب من جِنس

(١) في سوى (أ): بالتلف. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٢٦.
(٢) في (ج): فإن.
(٣) في (ح): يتعين.
(٤) في سوى (أ): وما لم يضر، وفي (هـ): وما لم يصير.

ومَلَك بلا حِلِّ انتِفاعٍ قبلَ أداءِ الضَّمانِ. بشَيٍّ، وطَبخٍ، وطَحنٍ، وزَرعٍ، واتِّخاذِ سَيفٍ ....

ما ضَمِن لا يَظهَرُ الرِّبحُ[1].

(ومَلَك) الغاصِبُ العَينَ المَغصوبةَ، ولكن (بلا حِلِّ انتِفاعٍ قبلَ أداءِ الضَّمانِ.. بشَيٍّ) اللَّحمِ بعد ذَبحِ الشّاةِ (وطَبخٍ) اللَّحمِ بعد ذَبحِ الشّاةِ، وكذا تَقطيعُه بعدَ الذَّبحِ (وطَحنٍ) الحِنطةِ (وزَرعٍ) الحِنطةِ ونحوِها (واتِّخاذِ سَيفٍ) من الحَديد..

---

(١) قال في «رد المحتار» ٦/ ١٩٠: ثم هل الدراهم والدنانير هنا جنس واحد نظرًا للثمنية، أو جنسان؟ يراجع، رحمتي.
أقول: رأيت في الطوري عن «المحيط»: ولو اشترى بالدراهم المغصوبة طعامًا: حل التناول، ولو اشترى بها دنانير لم يجز له أن يتصرف فيها، فوجب عليه رَدُّها؛ لأن البيع في الطعام لا ينتقض باستحقاق الدراهم؛ لأنه يجب عليه رَدُّ مثلها لا عينها. اهـ فأفاد أنهما جنس واحد حيث أوجب ردها، مع أن المغصوب دراهم، وهذه مما يزاد على قول «العمادية»: الدنانير تجري مَجرى الدراهم في سبعة، كما مر في باب البيع الفاسد.
وفي الطوري أيضًا: ولو اشترى بالثوب المغصوب جاريةً يحرم عليه وطؤها حتى يدفع قيمة الثوب إلى صاحبه، ولو اشتراها بالدراهم: يحل وطؤها؛ لفساده باستحقاق الثوب؛ لتعلق البيع بعينه دون الدراهم، ولو تزوج بالثوب امرأةً له وطؤها؛ لأن النكاح لا ينتقض باستحقاق المهر. اهـ
وفي «الملتقى وشرحه»: ولو اشترى بألف الغصب أو الوديعة جارية تعدل ألفين، فوهبها، أو طعامًا فأكله، أو تزوج بأحدهما امرأة أو سُرِّيَّةً أو ثوبًا حل الانتفاع، ولا يتصدق بشيء اتفاقًا؛ لأن الحرمة عند اتحاد الجنس. اهـ ونحوه في القهستاني، ونقل ط عن الحموي عن صدر الإسلام: أن الصحيح لا يحل له الأكل ولا الوطء؛ لأن في السبب نوعَ خُبث. اهـ فليتأمل.

وإناءٍ، غيرَ الحَجَرَين، وبِناءٍ على ساجةٍ.

(و) اتِّخاذِ (إناءٍ) من صُفْرٍ، ولكن إنما يُملَكُ بالتَّغيير (غيرَ الحَجَرَين) وهما الذَّهَبُ والفِضّةُ، فإنه لا يَملِكُهما باتِّخاذه أوانِيَ، أو بضَربه دَنانيرَ أو دَراهِمَ عند أبي حنيفةَ؛ لأن الحاصِلَ بصُنعه الجَودةُ، وهي غيرُ مُتقوَّمةٍ في مال الرِّبا، وقالا: يَملِكُهما الغاصِبُ، وعليه الْمِثلُ؛ لأن التَّركيبَ بهذه الصِّياغَة[1] مِلكُه.

وقولُه: (وبِناءٍ) بالجرِّ: عَطفٌ على قَوله: (وإناءٍ)، أي ومَلَك الغاصِبُ أيضًا بِبناءٍ (على ساجةٍ) بالجِيم، وهي مُفرَدُ ساجٍ، وهو شجَرٌ عَظيمٌ صَلبٌ قَوِيٌّ، يَنبُت بِبلاد الهِندِ، وهي من أعَزِّ الأشجارِ، وتُستعمَلُ في أبواب الدُّورِ وبِنائِها وأساسِها.

وقال الكَرْخِيُّ وأبو جَعفرٍ: إنما يَنقطِعُ حقُّ المالِكِ عن السّاجة إذا بَنى حولَها، وأما إذا بَنى عليها: فلا يَنقطِعُ.

وعند الشّافعيِّ: لا يَنقطِعُ حقُّ المالِكِ كيفما كان، فيَهدِمُ البِناءَ، ويأخُذُ ساجَتَه، وعندنا: انقَطَع حقُّه مُطلَقًا في الصَّحيح؛ لأن في قَلْعه[2] ضرَرًا بالغاصِب.

وفي «الذَّخيرة»: هذا إذا كانَت قِيمةُ البِناءِ أكثرَ من قِيمة السّاجةِ، وأما إذا كان قِيمةُ السّاجةِ أكثرَ من قِيمة البِناءِ: فلم يَنقطِع حقُّ المالِكِ عنها.

---

(١) في سوى (أ): الصناعة.

(٢) في (ب) و(د) و(هـ): في فعله.

....

وإنما يَنقطِعُ حقُّ المالِكِ بهذه الأشياءِ: لأنه استِهلاكٌ من وجهٍ؛ لفَوات مُعظَمِ الْمَقاصِدِ وتَبدُّلِ الاسمِ، وحقُّه في الصَّنعة قائِمٌ من كلِّ وجهٍ، فيَترجَّحُ على ما فات من وجهٍ.

وقال الشّافعيُّ: لا يَنقطِعُ حقُّ المالِكِ عنها بهذه الأشياء، وهو رِوايةٌ عن أبي يوسفَ، غيرَ أنه إذا اختار أخْذَ العَينِ لا يُضَمِّنُه النُّقصانَ عندَه في الأموال الرِّبَويّةِ؛ لأنه يُفضِي إلى الرِّبا، وعندَ الشّافعيِّ: يُضَمِّنُه، وهو قولُ أحمدَ؛ لأن الأوصافَ تابِعةٌ للعَين، والْمِلكُ يَبقى ببَقاء العَينِ، وهي باقِيةٌ.

ومَذهَبُ مالِكٍ: أنه يُخيَّرُ المالِكُ بين التَّضمينِ وأخذِ العَينِ بلا شيءٍ، وعن[1] أبي يوسفَ: أن مِلكَه يَزولُ عن العَين، ويَملِكُه الغاصِبُ، لكنه يُباعُ، فيُوفَى به دَينُ الْمَغصوبِ منه، يَعني: ما وَجَب له عليه بالغَصب من الْمِثل أو القِيمةِ، وإن مات الغاصِبُ فالْمَغصوبُ منه أحَقُّ به من سائِر غُرَمائِه.

ثم القِياسُ أن يجوزَ الانتِفاعُ به قبلَ أداءِ الضَّمانِ؛ لانقِطاع حقِّ المالِكِ، وهو قولُ زفرَ والحسَنِ، ورِوايةٌ عن أبي حنيفةَ، ولكن الاستِحسانُ أن لا يجوزَ؛ لقَوله عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في الشّاة الْمَذبوحةِ الْمَصْلِيّةِ[2] بغَير رِضا

---

(١) في (ح): وعند.

(٢) صلي بالنار وصليها صِلًى من باب تعب: وجد حرها، والصلاء وزان كتاب: حر النار، وصليت اللحم أصليه من باب رمى: شويته. «المصباح» ١/ ٣٤٦.

ولو ذَبَح شاةً، أو خَرَق ثَوبًا فاحِشًا: ضَمِن القِيمةَ، وسَلَّم الْمَغصوبَ إليه، أو ضَمِن النُّقصانَ، ....

صاحِبِها: «أطعِموها الأُسارى»، أخرَجه الدّارَقُطنيُّ[1]، ولقد أفاد هذا الأمرُ بالتَّصدُّق زَوالَ[2] مِلكِ المالِكِ، وحُرمةَ الانتِفاعِ للغاصِب قبلَ الإرضاءِ.

(ولو ذَبَح) رجلٌ (شاةً) لآخَرَ (أو خَرَق ثَوبًا) لغَيره خَرقًا (فاحِشًا: ضَمِن القِيمةَ) أي قيمةَ الشّاةِ أو قيمةَ الثَّوبِ (وسَلَّم) المالِكُ (الْمَغصوبَ إليه) أي إلى الغاصِب (أو ضَمِن) الغاصِبُ (النُّقصانَ) وأخَذه المالِكُ، وكذا إذا قَطَع يدَ الشّاةِ أو رِجلَها؛ لأن هذه الأشياءَ إتلافٌ من وجهٍ

---

(١) (٤٧٦٣)، ورواه الإمام أحمد (٢٢٥٠٩)، وأبو داود (٣٣٣٢) والطبراني في «الأوسط» (١٦٠٢)، ولفظ الدارقطني: عن عاصم بن كليب عن أبيهعن رجل من الأنصار قال: خرجنا مع رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في جنازة فانتهينا إلى القبر، قال: فرأيته يوصي الحافر قال: «أوسِعْ من قبل رأسه أوسع من قبل رجليه»، فلما انصرف تلقاه داعي امرأة من قريش، فقال: إن فلانة تدعوك وأصحابك، قال: فأتاها، فلما جلس القوم أتي بالطعام، فوضع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يده ووضع القوم، فبينا هو يأكل إذ كف يده، قال: وقد كنا جلسنا بمجالس الغلمان من آبائهم، قال: فنظر آباؤنا رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تلوك أكلته، فجعل الرجل يضرب يد ابنه حتى يرمي العرق من يده، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أجد لحم شاة أخذت بغير إذن أهلها»، قال: فأرسلت المرأة: يا رسول الله! إني كنت أرسلت إلى البقيع أطلب شاة فلم أصب، فبلغني أن جارًا لي اشترى شاة، فأرسلتُ إليه فنهى، فلم نقدر عليه، فبعثت بها امرأته، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أطعموها الأسارى».

(٢) في سوى (أ): بالتصدق وزوال.

وفي الخَرْق اليَسيرِ: ضَمِن نُقصانَه.

باعتِبار فَوتِ بعضِ الأغراضِ من الحَمْلِ[1] والدَّرِّ والنَّسلِ، وفَواتِ بعضِ الْمَنفَعةِ في الثَّوب، فيُخيَّرُ بينَ تَضمينِ جَميعِ قِيمتِه وتركِه له، وبين تَضمينِ نُقصانِه وأخذِه.

ورَوى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ: أنه ليس له أن يُضمِّنَه النُّقصانَ إذا أَخَذ اللَّحمَ؛ لأن الذَّبحَ والسَّلْخَ زِيادةٌ فيها، والأوَّلُ هو الظّاهرُ.

ولو كانَت الدّابَّةُ غيرَ مَأكولةِ اللَّحمِ يَضمَنُ قاطِعُ الطَّرَف جَميعَ قِيمتِها؛ لأنه استِهلاكٌ من كلِّ وجهٍ، بخِلاف قطعِ طرَفِ العبدِ؛ حيث يُضَمِّنُه نِصفَ قِيمتِه مع أخذِه.

(وفي الخَرْق اليَسيرِ ضَمِن) الخارِقُ (نُقصانَه) يَعني: مع أخذِ عَينِه، وليس له غيرُ ذلك؛ لأن العينَ قائِمةٌ من كلِّ وجهٍ، وإنما دَخَله عَيبٌ فنَقَص لذلك، فكان له أن يُضمِّنَه النُّقصانَ.

واختَلَفوا في حدِّ الخَرْقِ الكَبيرِ واليَسيرِ، فقِيل: ما يُوجِبُ نُقصانَ رُبُعِ القِيمةِ فاحِشٌ، وما دونَه يَسيرٌ، وقِيل: الفاحِشُ: ما يَنقُصُ به نِصفُ القِيمةِ؛ لاستِواء الهالِكِ والقائمِ، فيُخيَّرُ المالِكُ بين أن يَميلَ إلى الهالِك أو القائمِ.

والصَّحيحُ أن الفاحِشَ: ما يَفوتُ به بعضُ العَينِ وجِنسُ الْمَنفَعةِ، ويَبقى بعضُ العَينِ وبعضُ الْمَنفَعةِ، واليَسيرُ: ما لا يَفوتُ به شيءٌ من

---

(١) في (أ) و(ج): الحبل.

ولو غَرَس أو بَنى في أَرض الغيرِ: قُلِعا، ورُدَّت.
وإن نَقَصت الأرضُ بالقَلع: ضَمِن البِناءَ مَقلوعًا، ....

الْمَنفَعة، وإنما يَدخُلُ فيه نُقصانٌ في الْمَنفَعة.

(**ولو غَرَس**) رجلٌ (**أو بَنى في أَرض الغيرِ: قُلِعا**) أي الغَرْسُ والبِناءُ (**ورُدَّت**) الأرضُ إلى صاحِبها؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ليس لعِرْقٍ ظالِمٍ حَقٌّ»[1]، أي لـذِي عِرْقٍ ظالِمٍ، وَصَف العِرْقَ بصِفة صاحِبه -وهو الظُّلمُ- مَجازًا، كما يُقالُ: صامَ نَهارَه، وقام لَيلَه.

(**وإن نَقَصت الأرضُ بالقَلع**) أي بقَلع الشَّجَرِ والبِناءِ (**ضَمِن**) صاحِبُ الأرضِ للغاصِب (**البِناءَ**) حالَ كونِه مَقلوعًا، والغَرْسَ حالَ كونِه (**مَقلوعًا**) ويَكونان له؛ لأن فيه دفْعَ الضَّرَرِ عنهما، وإنما يَضمَنُ قِيمتَه مَقلوعًا: لأنه مُستحَقُّ القَلعِ.

وكَيفيّةُ مَعرِفتِهما[2]: أن تُقوَّمَ الأرضُ وبها بِناءٌ أو شجَرٌ استُحِقَّ قلعُه، وتُقوَّمُ الأرضُ وحدَها ليس فيها بِناءٌ ولا غَرْسٌ، فيَضمَنَ فضْلَ ما بينَهما، هكذا قالُوا، ولكن هذا ليس بضَمانٍ لقِيمته مَقلوعًا، بل هو ضَمانٌ لقِيمته قائِمًا مُستحَقَّ القَلعِ.

وإنما يَكونُ ضَمانًا لقِيمته مَقلوعًا إنْ لو قُوِّم البِناءُ والغَرْسُ مَقلوعًا مَوضوعًا في الأرض، بأنْ يُقدَّرَ الغَرْسُ حَطَبًا، والبِناءُ آجُرًّا، أو لَبِنًا،

---

(١) رواه الإمام مالك ٢/٧٤٣، والبخاري معلقًا ٣/١٠٦، وأبو داود (٣٠٧٣)، والترمذي (١٣٧٨).
(٢) في (أ): معرفتها.

ويَكونُ له.

وإنْ صَبَغ، أو لَتَّ السَّويقَ بسَمْنٍ: ضَمَّنه قِيمةَ ثَوبٍ أبيضَ، ومِثلَ السَّويقِ، أو أَخَذهما وغَرِم ما زاد الصِّبغُ والسَّمْنُ.

أو حِجارةً مُكَوَّمةً على الأرض، فيُقوَّمَ وحدَه من غير أن يُضَمَّ إلى الأرض، فيَضمَنُ له قِيمةَ الحَطَب والحِجارةِ الْمُكَوَّمةِ دونَ الْمَبنِيَّةِ.

(ويَكونُ) البِناءُ أو الغَرْسُ (له) أي لصاحِب الأرضِ.

(وإنْ صَبَغ) الغاصِبُ الثَّوبَ الذي غَصَبه (أو لَتَّ) أي أو خَلَط (السَّويقَ) الذي غَصَبه (بسَمْنٍ) فالمالِكُ بالخِيار إن شاء (ضَمَّنه) أي الغاصِبَ (قِيمةَ ثَوبٍ أبيضَ و) ضَمَّنه (مِثلَ السَّويقِ، أو) إن شاء (أَخَذهما) أي الثَّوبَ والسَّويقَ (وغَرِم) أي المالِكُ للغاصِب (ما زاد الصِّبغُ) في الثَّوب (والسَّمْنُ) في السَّويق.

وعند الشَّافعيِّ: يُؤمَرُ الغاصِبُ بقَلع الصِّبغِ بالغَسل بقَدْر الإمكانِ، وتسليمه، وإن انتَقَص قِيمةُ الثَّوبِ بذلك: فعليه ضَمانُ النُّقصانِ، وبه قال أحمدُ، وعن الشَّافعيِّ: يَبيعان ويَقسِمان الثَّمَنَ على قِيمة الثَّوبِ والصِّبغِ.

قُلنا: الصِّبغُ مالٌ مُتقوَّمٌ، كالثَّوب، وبِجنايته لا يَسقُطُ تَقوُّمُ مالِه، فيَجِبُ صِيانةُ حَقِّهما ما أَمكَن، وكان صاحِبُ الثَّوبِ أولى بالتَّخيير؛ لأنه صاحِبُ أصلٍ[1]، والآخَرُ صاحِبُ وَصفٍ، وهو قائِمٌ بالأصل، وكذا السَّويقُ أصلٌ، و السَّمْنُ تَبَعٌ، فيُخيَّرُ صاحِبُه؛ لعَدَم التَّمييزِ.

---

(١) في (ب): صاحب الكل.

....

وما رُوِي عن أبي حنيفةَ أن السَّوادَ نُقصانٌ، وعندهما: زِيادةٌ، كالحُمرة والصُّفرةِ: فهو اختِلافُ عَصرٍ وزَمانٍ، فإن بَني أُميّةَ في زَمانه كانُوا يَمتنِعون[1] عن لُبس السَّوادِ، وفي زَمانهما بَنو العبّاسِ كانُوا يَلبَسون السَّوادَ، فأَجاب كلٌّ على ما شاهَده.

ولهذا لم يَتعرَّض الشَّيخُ رَحِمَهُ اللَّهُ لذِكر هذا ولا للَون الصِّبغ؛ لأن من الثِّياب ما يَزدادُ بالسَّواد، ومنها ما يَنقُص، وكذا منها ما يَزدادُ بالحُمرة والصُّفرةِ، ومنها ما يَنقُصُ، فلا مَعنى للتَّقييد بلَونٍ دونَ لونٍ، بل لا يُعتَبَرُ فيه إلا الزِّيادةُ[2] والنُّقصانُ حَقيقةً، واللهُ أعلمُ.

(١) في (ج) و(د): يمنعون.

(٢) في (أ): بل لا يفيد قيدًا إلا الزيادة. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٣٠.

فصلٌ [في تَصرُّفات الغاصِبِ في الْمَغصوب وغيرِه]

غَيَّب الْمَغصوبَ، وضَمِن قِيمتَه: مَلَكه، والقولُ في القِيمة للغاصِب مع يَمينِه، والبَيِّنةُ للمالِك.

فإن ظَهَر وقِيمته أكثَرُ، وقد ضَمِنه بقَول المالِكِ، أو ببَيِّنته، أو بنُكول الغاصِبِ: فهو للغاصِب، ولا خِيارَ للمالِك، ....

هذا (فصلٌ)

في تَصرُّفات الغاصِبِ في الْمَغصوب وغيرِه

(غَيَّب) بالغَين الْمُعجَمةِ، أي الغاصِبُ إذا غَيَّب (الْمَغصوبَ، وضَمِن قِيمتَه) للمالِك (مَلَكه) لأن المالِكَ مَلَك البدَلَ، فوَجَب أن يَزولَ مِلكُه عنه؛ لئلّا يَجتمِعَ البَدَلان في مِلكٍ واحِدٍ.

وعند الشّافعيِّ: لا يَملِكُه؛ لأنه مَحظورٌ، فلا يَكونُ سبَبًا للمِلك.

(والقولُ في القِيمة) أي في قِيمة الْمَغصوبِ (للغاصِب مع يَمينِه) لأنه مُنكِرٌ (والبَيِّنةُ للمالِك) لأنه مُدَّعٍ.

(فإن ظَهَر) الْمَغصوبُ بعدَ ذلك (و) الحالُ أن (قِيمته أكثَرُ) من الذي ضَمِنه الغاصِبُ (و) الحالُ أنه (قد ضَمِنه بقَول المالِكِ أو ببَيِّنته) أي أو ضَمِنه ببَيِّنة المالِكِ (أو) ضَمِنه (بنُكول الغاصِبِ: فهو) أي الْمَغصوبُ (للغاصِب، ولا خِيارَ للمالِك) لأنه رَضِي به، وتمَّ مِلكُه برِضاه، حيث سَلِم له ما ادَّعاه.

وإن ضَمِنه بيَمين الغاصِبِ: فالمالِكُ يُمضِي الضَّمانَ، أو يَأخُذُ الْمَغصوبَ، ويَرُدُّ العِوَضَ.

وإن باع الْمَغصوبَ، فضَمَّنه المالِكُ: نَفَذ بيعُه، وإن حَرَّره ثم ضَمَّنه: لا.

(وإن) كان قد (ضَمِنه بيَمين الغاصِبِ فالمالِكُ) بالخِيار، إن شاء (يُمضِي الضَّمانَ أو) إن شاء (يَأخُذُ الْمَغصوبَ) من الغاصِب (ويَرُدُّ العِوَضَ) الذي أخَذه من الغاصِب؛ لعَدَم تَمامِ رِضاه بهذا الْمِقدارِ من الضَّمان.

ولو ظَهَر الْمَغصوبُ وقِيمتُه مِثلُ ما ضَمِنه أو أقلُّ في هذه الصُّورةِ، وهي ما إذا ضَمِنه بقَول الغاصِبِ مع يَمينِه.. قال الكَرْخيُّ: لا خِيارَ له؛ لأنه تَوفَّر عليه ماليّةُ مِلكِه بكَماله، وفي ظاهِر الرِّوايةِ: يَثبُتُ له الخِيارُ، وهو الأصحُّ[1].

(وإن باع) الغاصِبُ (الْمَغصوبَ، فضَمَّنه المالِكُ) قِيمتَه (نَفَذ بيعُه) أي بيعُ الغاصِبِ (وإن حَرَّره) أي وإن حَرَّر الغاصِبُ العبدَ الْمَغصوبَ (ثم ضَمَّنه) المالِكُ (لا) يَنفُذُ عَتقُه.

والفرقُ: أن مِلكَ الغاصِبِ ناقِصٌ؛ لأنه يَثبُتُ مُستنِدًا، وهو يَكفي لنُفوذ البَيعِ دونَ العَتقِ؛ ألا تَرى أن البيعَ يَنفُذُ من الْمُكاتَب -بل من الْمَأذون- دونَ عَتقِه.

---

(١) لأن ثبوت الخيار لفوات الرضا، وقد فات هنا حيث لم يحصل له ما يدعيه، وله أن لا يبيع ماله إلا بثمن يختاره ويرضى به، فكان له الخيار. «التبيين» ٥/ ٢٣١.

وزَوائدُ الْمَغصوبِ أمانةٌ، فيَضمَنُ بالتَّعدِّي، أو بالْمَنع بعد طلَبِ المالِكِ.

وما نَقَصت بالوِلادة: مَضمونٌ، ويُجبَرُ بوَلَدها.

(وزَوائدُ الْمَغصوبِ) سواءٌ كانَت مُتَّصِلةً، كالسِّمَن والجَمالِ، أو مُنفَصِلةً، كالوَلَد، والثَّمرةِ، والصُّوفِ، واللَّبَنِ (أمانةٌ) في يَد الغاصِبِ (فيَضمَنُ بالتَّعدِّي أو بالْمَنع[1] بعد طلَبِ المالِكِ) وقال الشّافعيُّ: عليه الضَّمانُ مُطلَقًا؛ لوُجود حدِّ الغَصبِ، وبه قال أحمدُ.

ولنا: أن سبَبَ الضَّمانِ إخراجُ العَينِ من أن تكونَ مُنتفَعًا بها في حقِّ المالِكِ، ولم يُوجَد، إلا إذا وُجِد ما يُفوِّتُ حقَّه، كالتَّعدِّي والمنعِ بعدَ الطَّلَبِ.

(وما نَقَصت) الجاريةُ (بالوِلادة مَضمونٌ) على الغاصِب (و) لكن (يُجبَرُ) النُّقصانُ (بوَلَدها) إن كان في قِيمته وَفاءٌ، ويَسقُطُ ضَمانُه عن الغاصِب، وإن لم يكن وَفاءٌ به يَسقُطُ[2] بِحسابه.

وقال زفرُ والشّافعيُّ: لا يُجبَرُ النُّقصانُ بالوَلَد؛ لأنه مِلكُه، فكيف يُجبَرُ مِلكُه بمِلكه؟ ولنا: أن سبَبَ النُّقصانِ والزِّيادةِ واحِدٌ، وهو الوِلادةُ؛ لأنها أوجَبت فَواتَ جُزءٍ من مالِيّة الأُمِّ وحُدوثَ مالِيّةِ الولَدِ، فإذا صار مالًا انعَدَم ظُهورُ النُّقصانِ به، فانتَفى الضَّمانُ[3].

---

(١) في (أ): بالبيع.
(٢) في (هـ): ويسقط.
(٣) فصار كما إذا شهد الشهود بالبيع بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعوا عن الشهادة =

ولو زَنى بمَغصوبةٍ، فرُدَّت، فماتَت بالوِلادة: ضَمِن قِيمتَها.
ولا تُضمَنُ الحُرّةُ، ....

(ولو زَنى) الغاصِبُ (بمَغصوبةٍ، فرُدَّت) إلى مالِكها، فحَبِلت (فماتَت) عندَ المالِكِ (بالوِلادة) أي بسَبَبِها (ضَمِن) الغاصِبُ (قِيمتَها) يومَ عَلِقت.

(ولا تُضمَنُ الحُرّةُ) لأنها لا تُضمَنُ بالغَصب، هذا عند أبي حنيفةَ، وقالا: لا تُضمَنُ الأمةُ أيضًا إلا نُقصانَ الحبَلِ؛ لأن الرَّدَّ قد يَصِحُّ مع الحبَلِ، ولكنها مَعيبةٌ بالحَبَل، فيَجِبُ عليه نُقصانُ العَيبِ، ثم هَلاكُها بعدَ ذلك حَصَل[1] بسبَبٍ حادِثٍ في يَد المالِكِ، فلا يَبطُلُ به الرَّدُّ،

= لا يضمنون؛ لأنهم أخلفوا بالشهادة قدر ما أتلفوا بها، فلا يعد إتلافًا لاتحاد السبب، كذا هذا، وكما إذا قطعت يده عند الغاصب فرده مع أرش اليد، فإنه يجبر نقصانه بالأرش، لما ذكرنا من اتحاد السبب؛ لأن السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خَلَفًا عن النقصان؛ ولأن الواجب على الغاصب أن يرد ما غصب، وماليته كما غصبه من غير نقصان، فإذا فعل ذلك برئ من الضمان.
ألا ترى أنه لو غصب جارية سمينةً فمرضت عنده، وهزلت ثم تعافت وسمنت حتى عادت مثلما كانت، فردها: لا ضمان عليه، ولو كان مطلق الفوات يوجب الضمان لضمن، وكذا إذا سقط سنها أو قلعه الغاصب فنبت مكانه أخرى، فردها: سقط ضمانها عنه.
وقولهما: كيف يُجبر ملكه بملكه؟ قلنا: ليس هذا بجبر في الحقيقة، وإنما هو اعتبار لملكه منفصِلًا بعضُه عن بعض بعد أن كان متحِدًا، كما إذا غصب نقرة فضة فقطعها، فإنه يردهما، ولا شيء عليه غيرهما إذا لم تنقص بالقطع. «التبيين» ٥/ ٢٣٢.

(١) في سوى (أ): جعل.

ومَنافِعُ الغَصبِ، ....

ولا يَضمَنُ[1] الغاصِبُ إلا النُّقصانَ[2].

وله: أنه لم يَرُدَّها كما أَخَذها؛ لأنه أَخَذها ولم يَنعقِد فيها سبَبُ التَّلَف، ورَدَّها وفيها ذلك، فلم يَصِحَّ الرَّدُّ، بخِلاف الحُرّة؛ لأنها لا تُضمَنُ بالغَصب، حتى نقول: يَبقى ضَمانُ الغَصبِ، ويَفسُدُ به الرَّدُّ، ولا يَجِبُ رَدُّها أصلًا، فافتَرَقا.

(ومَنافِعُ الغَصبِ) بالرَّفع عَطفًا على قَوله: (الحُرّةُ)، أي ولا تُضمَنُ مَنافِعُ الغَصبِ، صورتُه: إذا غَصَب عبدًا خبّازًا مثلًا، وأمسكَه شهرًا، ثم رَدَّه إلى المالِك: لا يَضمَنُ مَنافِعَ الشَّهرِ عندَنا، وكذا إذا غَصَب مِسكًا، فشَمَّه ورَدَّه، ونحوَ ذلك.

وبه قال مالِكٌ، وقال الشّافعيُّ وأحمدُ: يَضمَنُ؛ لأنها مالٌ مُتقوَّمٌ مَضمونةٌ بالعُقود، كالأعيان.

ولنا: أن عمرَ وعليًّا رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا حَكَما بوُجوب قِيمةِ ولَدِ الْمَغرورِ وحُرِّيّتِه، ورَدِّ الجارِيةِ مع عُقرِها ....

(١) في سوى (ح): ولا يضمنها. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٣٣.

(٢) كما إذا حُمّت في يد الغاصب فردها، وماتت من تلك الحمى، أو زنت عند الغاصب فردها، وجلدت بعد الرد عند المالك، وماتت من ذلك.. فإنه لا يضمن إلا نقصان عيب الزنى، وكذا المبيعة إذا سلمها إلى المشتري، وهي حبلى، ولم يعلم المشتري بالحبل، وماتت من الولادة لم يرجع المشتري على البائع بشيء من الثمن اتفاقًا. «التبيين» ٥/ ٢٣٣.

وخمرُ الْمُسلِمِ أو خِنزيرُه.. بالإتلاف.
وضَمِن لو كانا للذِمِّيِّ.

على المالِك[1]، ولم يَحكُما بوُجوب أجرِ مَنافِعِ الجارِيةِ والأولادِ، مع عِلمِهما أن الْمُستحِقَّ يَطلُبُ جَميعَ حقِّه، وأن الْمَغرورَ كان يَستخدِمُها مع أولادِها، ولو كان ذلك واجِبًا له لما سَكَتا عن بَيانه؛ لوُجوبه عليهِما.

وفي «إشارات الأسرارِ»: الْمَنافِعُ لا تُضمَنُ بالغَصب، سواءٌ صَرَفها إلى نَفسه أو عَطَّلها على المالِك، وقال الشّافعيُّ: تُضمَنُ في الحالَين، وقال صَدرُ الإسلامِ البَزدَويُّ في «شَرح الكافِي»: ليس على الغاصِب في رُكوب الدّابّةِ وسُكنى الدّارِ أجرٌ، وهو مَذهَبُ عُلَمائِنا.

(و) لا يُضمَنُ أيضًا (خمرُ الْمُسلِمِ أو خِنزيرُه بالإتلاف) لعَدم تَقوُّمِهما في حقِّه، (وضَمِن) الْمُتلِفُ (لو كانا) أي الخمرُ والخِنزيرُ (للذِمِّيِّ) لأنهما مالٌ في حقِّه، وقد أُمِرنا أن نَترُكَهم وما يَدينُون.

وعندَ الشّافعيِّ: لا يَضمَنُهما لذِمِّيٍّ أيضًا؛ لأنهما غيرُ مُتقوِّمَين في حقِّ الْمُسلِمِ، فوَجَب أن يَكونا في حقِّهم كذلك؛ لأنهم أتباعٌ لنا في الأحكام.

---

(١) قال الإمام محمد رَحِمَهُ اللَّهُ في «الأصل» ١٠/ ٢٦٩: وكذلك لو زوجها رجل من رجل وأخبره أنها حرة، فإذا هي أمة، فإن الولد حر، وعلى الأب قيمته، ويرجع بذلك على الذي غرّه وزوّجه.
ثم قال: بلغنا عن علي بن أبي طالب وعن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا نحوُ هذا.
وروى نحو هذا عبد الرزاق (١٣١٦٦)، وابن أبي شيبة (٢١٠٦٢)، والبيهقي (١٤٢٥٤). وقد تقدم.

وإن غَصَب خَمرًا من مسلمٍ، فخَلَّلها، أو جِلدَ مَيْتةٍ، فدَبَغه: فللمالِك أخذُهما، ورَدُّ ما زاد الدِّباغُ، ....

وعلى هَذا الخِلاف: إذا أتلَفهما ذِمِّيٌّ لذِمِّيٍّ.

ثم عندَنا يَجِبُ على الْمُسلِم قِيمتُهما وإن كانَت من ذَوات الأمثالِ؛ لأن المسلمَ مَمنوعٌ عن تَمليكه وتَملُّكِه إيّاها، بخِلاف الذِّمِّيِّ إذا استَهلَك خمرَ الذِّمِّيِّ؛ حيث يَجِبُ عليه مِثلُها؛ لقُدْرته عليه.

ولو أسلَم الطّالِبُ بعدما قُضِي له بمِثلها فلا شيءَ على الْمَطلوب؛ لأن الخمرَ في حقِّه ليست بمُتقوَّمةٍ، فكان بإسلامه[1] مُبرِئًا له عما كان في ذِمّته من الخَمر، وكذا لو أسلَما.

ولو أسلَم الْمَطلوبُ وحدَه، أو أسلَم الْمَطلوبُ ثم الطّالِبُ بعدَه.. قال أبو يوسفَ: لا يَجِبُ عليه شيءٌ، وهو رِوايةٌ عن أبي حنيفةَ، وقال محمدٌ: تَجِبُ عليه قِيمةُ الخمرِ، وهو رِوايةٌ عن أبي حنيفةَ[2].

(وإن غَصَب خَمرًا من مسلمٍ، فخَلَّلها) أي صَيَّرها خَلًّا، بأن نَقَلها من الشَّمس إلى الظِّلّ، أو من الظِّلّ إلى الشَّمس (أو) غَصَب (جِلدَ مَيْتةٍ، فدَبَغه) بما لَه قِيمةٌ، كالعَفْص والقَرَظ[3] ونحوِهما (فللمالِك أخذُهما) أي أخذُ الخَلّ والجِلدِ الْمَدبوغِ (ورَدُّ) المالِكِ إلى الغاصِب (ما زاد الدِّباغُ)

---

(١) في (أ): إسلامه.

(٢) في (أ): عن أبي يوسف. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٣٥.

(٣) مادتان نباتيتان يدبغ بهما الجلود وغيرها، وانظر «المصباح المنير» ٢/ ٤١٨ و٢/ ٤٩٩.

وإن أتلفهما: ضَمِن الخَلَّ فقط.

في الجِلد، ويَأْخُذُ الخَلَّ بغَير شيءٍ.

والفرقُ: أن التَّخليلَ تَطهيرٌ لها بمَنزِلة غَسلِ الثَّوبِ النَّجِسِ، فبَقِي على مِلك الْمَغصوبِ منه، وبالدِّباغ اتَّصَل بالجِلد مالٌ مُتقوِّمٌ، كالصَّبغ في الثَّوب، فلهذا يَأْخُذُ الخَلَّ بغَير شيءٍ، ويَأْخُذُ الجِلدَ، ويُعطي ما زاد الدِّباغُ فيه.

وطَريقُ مَعرِفتِه: أن يُنظَرَ إلى قِيمة الجِلدِ ذَكِيًّا غيرَ مَدبوغٍ وإلى قِيمته مَدبوغًا، فيَضمَنَ فضْلَ ما بينَهما.

(**وإن أتلَفهما**) أي وإن أتلَف الغاصِبُ الخَلَّ والجِلدَ الْمَدبوغَ في يَده قبلَ أن يَرُدَّهما إلى صاحِبهما (**ضَمِن الخَلَّ فقط**) يَعني: لا يَضمَنُ الجِلدَ الْمَدبوغَ عند أبي حنيفةَ، وقالا: يَضمَنُ[1] قِيمةَ الجِلدِ أيضًا مَدبوغًا، ويُعطي ما زاد الدِّباغُ فيه؛ لأن مِلكَه باقٍ فيه، ولهذا يَأْخُذُه وهو مالٌ مُتقوِّمٌ، فيَضمَنُه له مَدبوغًا بالاستِهلاك، كما في مَسألة الخَلِّ، ثم يُعطِيه ما زاد الدِّباغُ فيه، بخِلاف الهَلاكِ؛ لأنه لم يُوجَد منه التَّفويتُ، وكذا لو دَبَغه بشيءٍ لا قِيمةَ له: يَضمَنُه بالاستِهلاك دون الهَلاكِ.

وله: أن مالِيَّتَه وتَقوُّمَه حَصَلت بفِعل الغاصِبِ، وفِعلُه مُتقوِّمٌ؛ لاستِعماله مالًا مُتقوِّمًا فيه، ولهذا كان له أن يَحبِسَه حتى يَستوفِيَ ما زاد الدِّباغُ فيه، فكان حقًّا له، ....

---

(١) في (ج): وقالا لا يضمن. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٣٦.

والجِلدُ تبَعٌ لصُنعه[1] في حقِّ التَّقَوُّمِ، ثم الأصلُ -وهو الصَّنعةُ- لا يَجِبُ عليه ضَمانُه بالإتلاف، فكذا التَّبَعُ، فصارَ كما إذا هَلَك بغَير صُنعِه.

بخِلاف ما إذا دَبَغه بشيءٍ لا قِيمةَ له؛ لأن الصَّنعةَ فيه لم تَبقَ حقًّا للغاصِب بعدَ الاتِّصالِ بالجِلد.

ولو كان قائِمًا، فأرادَ المالِكُ أن يَترُكَه على الغاصِب ويُضَمِّنَه قِيمتَه فيما إذا دَبَغه بشيءٍ مُتقوَّمٍ: ليس له ذلك بالاتِّفاق.

وقِيل: عندَهما: له ذلك، فيُضَمِّنُه مِثلَ قِيمةِ جِلدٍ مَدبوغٍ، ويُعطِيه ما زاد الدِّباغُ فيه، كما في الاستِهلاك، وقِيل: قِيمةَ جِلدٍ ذَكِيٍّ غيرِ مَدبوغٍ.

ولو دَبَغه بما لا قِيمةَ له، كالتُّراب والشَّمسِ: فهو لمالِكه مَجانًا؛ لأنه بمَنزِلة غَسلِ الثَّوبِ.

ولو استَهلَكه الغاصِبُ يَضمَنُ قِيمتَه مَدبوغًا، وقِيل: طاهِرًا غيرَ مَدبوغٍ، والأكثَرون على الأوَّل.

ولو جَعَلَ الغاصِبُ الجِلدَ فَرْوًا أو جِرابًا أو زِقًّا[2]: لم يكن للمَغصوب

---

(١) في (ج): لصبغه.

(٢) الجُراب: وعاء الزاد، والعامة تفتحه. «مختار الصحاح» ص٩٤.
والزِّقّ بالكسر: الظرف، وبعضهم يقول: ظرف زفت أو قير، والجمع أزقاق وزقاق وزُقّان مثل: كتاب ورغفان. «المصباح» ١/ ٢٥٤. الزق: السقاء، وجمع القلة أزقاق، والكثير زقاق وزقان، مثل ذئاب وذؤبان. «مختار الصحاح» ص١٣٦. وقد تقدما.

ومَن كَسَر مِعزَفًا، أو أَراق سَكَرًا، أو مُنصَّفًا: ضَمِن.

منه عليه سَبيلٌ، ثم إن كان الجِلدُ ذَكِيًّا وَجَب عليه قِيمتُه يومَ الغَصبِ، وإن كان جِلدَ مَيْتةٍ فلا شيءَ عليه.

ولو خَلَّل الخمرَ بإلقاء الْمِلحِ فيه.. قِيل: عندَ أبي حنيفةَ: صار مِلكًا للغاصِب، ولا شيءَ عليه؛ لأنه بالخَلط بماله استهلَكه، فصار كالجِلد إذا استهلَكه بعدَ الدِّباغِ باتِّخاذه الفَرْوَ أو غيرَه، وعندَهما: أَخَذه المالِكُ، وأعطاه ما زاد الْمِلحُ فيه، ومَعناه: أن يُعطِيَه مِثلَ وزنِ الْمِلحِ من الخَلِّ.

ولو خَلَّلها بصبِّ الخلِّ فيها.. قِيل: يَكونُ للغاصِب بغَير شيءٍ عند أبي حنيفةَ، سواءٌ صارَت خَلًّا من ساعَتها، أو بمُرور الزَّمانِ عليها، وعندَهما: إن صارَت خَلًّا من ساعَتها فكما قال أبو حنيفةَ، وإن صارَت بمُرور الزَّمانِ كان الخَلُّ بينَهما على قَدْر حَقِّهما.

(ومَن كَسَر مِعزَفًا) بكَسر الميمِ: اسمُ آلةٍ للَّهو[1]، كالعُودِ والبَرْبَطِ ونحوِهما (أو أَراق سَكَرًا) بفَتحتَين، وهو: نَقيعُ الرُّطَب إذا غَلى واشتَدَّ (أو) أَراق (مُنصَّفًا) وهو العَصيرُ الذي طُبِخ وذَهَب نِصفُه، وغَلا واشتَدَّ (ضَمِن) عند أبي حنيفةَ قِيمتَه لغَير اللَّهو؛ لأنه أَتلَف مالًا يُنتفَعُ به من وجهٍ سِوى التَّلهِّي، فيَضمَنُ قِيمتَه من ذلك الوجهِ، كاستِهلاك الأمةِ الْمُغنِّيةِ، والكَبشِ النَّطوحِ، والحَمامةِ الطَّيّارةِ، والدِّيكِ الْمُقاتِلِ، والعبدِ الخَصِيِّ.

---

(١) في (أ) و(ج): اللهو.

....

وقال القُدُوريُّ في «شَرحه لِمُختصَر الكَرْخيِّ»: قال أبو حنيفةَ: إذا كَسَر رَجُلٌ على رَجُلٍ بَرْبَطًا أو طَبلًا: يَضمَنُ قِيمتَه خَشَبًا مَنحوتًا، وفي «الْمُنتقى»: عن أبي حنيفةَ: يَضمَنُ قِيمتَه خَشَبًا مُخَلَّعًا، إنما الذي يَحرُمُ منه التَّأليفُ.

وقال الفَقيهُ أبُو اللَّيث: وكانُوا يَقولُون: إن مَعنى قولِ أبي حنيفةَ: إنه يَضمَنُ قِيمتَه إن لو اشتُرِي لشيءٍ آخَرَ سِوى اللَّهوِ، فيُنظَرُ لو أن إنسانًا أرادَ أن يَشترِيَه ليَجعَلَه وِعاءً للمِلح أو غيرِ ذلك بكَم يُشتَرى، فيَضمَنُ قِيمتَه بذلك الْمِقدارِ.

وقال فخرُ الدِّينِ قاضِي خانَ: على قَول أبي حنيفةَ: يَضمَنُ قِيمتَها صالِحةً لغَير الْمَعصِيةِ، ففي الدُّفِّ يَضمَن قِيمتَه دُفًّا يُوضَع فيه القُطنُ، وفي البَرْبَط يَضمَنُ قِيمتَه قَصعةً يُجعَلُ فيها الثَّرِيدُ ونحوُ ذلك.

ثم قِيل: الخِلافُ في الدُّفِّ والطَّبلِ اللَّذَين يُضرَبان للَّهو، وأما اللذان يُضرَبان في العُرْس أو الغَزوِ: فيَضمَنُ بالاتِّفاق.

وقال الإمامُ العَتّابيُّ في «شَرح الجامِع الصَّغيرِ»: ولو كان طبلَ الحاجِّ، أو طبلَ الصَّيدِ، أو دُفًّا تَلعَبُ به الصَّبيةُ في البَيت: يَضمَنُ بالاتِّفاق. انتهى.

وأما في السَّكَر: فتَجِبُ فيه قِيمتُه، وكذلك الْمُنصَّفُ، لا الْمِثلُ؛ لأن المسلمَ مَمنوعٌ عن تَملُّك عَينِه، وإن جاز فِعلُه، وعندَهما: لا يَضمَنُ هذه

....

الأشياء؛ لأنها مُعَدّةٌ للمَعصِية، فيَسقُطُ تَقوُّمُها، كالخَمر، وبه قالَت الثّلاثةُ، والفَتوى على قَولهما؛ لكَثرة الفَسادِ بين النّاسِ..

حتى قالُوا رِوايةً عن الأصحاب: إنه يُهدَمُ البيتُ على من اعتاد الفِسقَ وأنواعَ الفَسادِ، وقالُوا أيضًا: لا بأسَ بالهُجوم على بَيت الْمُفسِدين، وقد هَجَم عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ على نائِحةٍ في بَيتها، ثم ضَرَبها بالدِّرّة حتى سَقَط خِمارُها، فقِيل له: يا أميرَ الْمُؤمِنينَ قد سَقَط خِمارُها، فقال: إنها لا حُرمةَ لها(١).

(١) روى عبد الرزاق (٦٦٨٢) عن نصر بن عاصم: أن عمر بن الخطاب سمع نَوّاحةً بالمدينة ليلًا، فأتى عليها، فدخل ففرق النساء، فأدرك النائحة، فجعل يضربها بالدِّرّة، فوقع خمارها، فقالوا: شعرها يا أمير المؤمنين! فقال: «أجل فلا حرمة لها».

وروى أيضًا (٦٦٨١) عن ابن عيينة عن عمرو بن دينار قال: لما مات خالد بن الوليد اجتمع في بيت ميمونة نساء يبكين، فجاء عمر ومعه ابن عباس ومعه الدِّرّة فقال: يا أبا عبد الله! ادخل على أم المؤمنين فأمرها فلتحتجب، وأخرجهن علي، قال: فجعل يخرجهن عليه وهو يضربهن بالدرة، فسقط خمار امرأة منهن فقالوا: يا أمير المؤمنين خمارها! فقال: دعوها ولا حرمة لها. كان معمر يعجب من قوله: لا حرمة لها.

وروى ابن شبة في «تاريخ المدينة» ٣/ ٧٩٩: عن الأوزاعي قال: بلغني أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ سمع صوت بكاء في بيت، فدخل معه غيره، فأمال عليهم ضربًا، حتى بلغ النائحة فضربها حتى سقط خمارها، فعدل الرجل، فقال: اضرب! فإنها نائحة ولا حرمة لها، إنها لا تبكي بشجوكم، إنها تهريق دموعها على أخذ دراهمكم، إنها تؤذي أمواتكم في قبورهم، وتؤذي أحياءكم في دورهم، إنها تنهى عن الصبر، وقد أمر الله به، وتأمر بالجزع، وقد نهى الله عنه.

وصحَّ بيعُ هذه الأشياءِ.

ومن غَصَب أُمَّ ولَدٍ أو مُدَبَّرةً، فماتَت: ضَمِن قِيمةَ الْمُدبَّرةِ، لا أُمِّ الولَدِ.

وفي «شَرح مُختصَرِ الكَرْخيِّ»: لو أتلَف على نَصرانيٍّ صَليبًا: ضَمِن قِيمتَه صَليبًا؛ لأنَّا أقرَرْناهم على هذا الصَّنيعِ، فصار كالخَمر التي هم مُقَرُّون عليها، وفي «الغاية»: قال أصحابُنا: إن الذِّمِّيَّ يُمنَعُ من كلِّ شيءٍ يُمنَعُ منه المسلمُ، إلا شُربَ الخمرِ وأكلَ الخِنزيرِ؛ لأنَّا استثنَيناه بالأمان.

(وصحَّ بيعُ هذه الأشياءِ) أي الْمِعزَفِ، والسَّكَرِ، والْمُنصَّفِ على أصل أبي حنيفةَ، خِلافًا لهما.

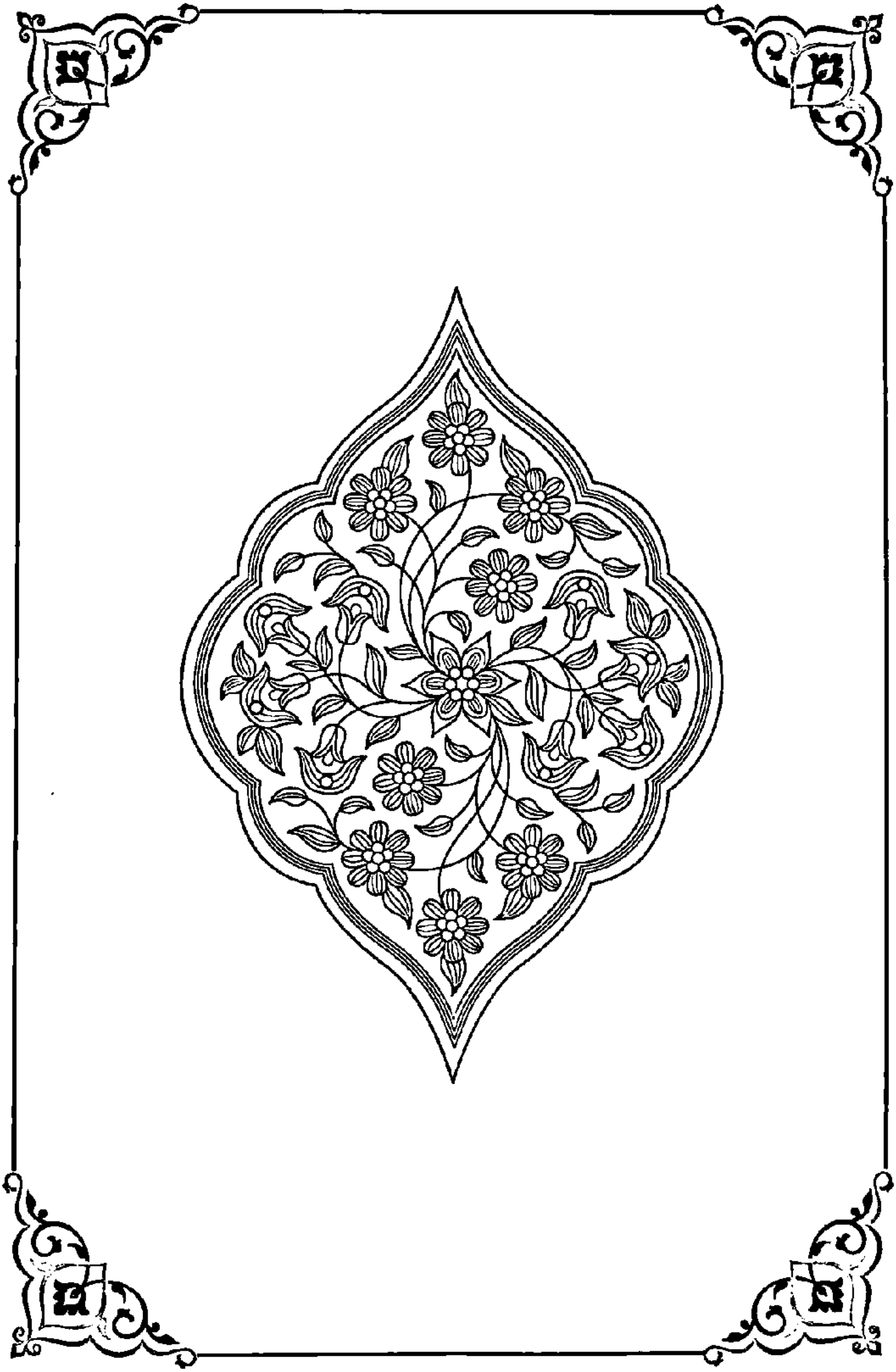
(ومن غَصَب أُمَّ ولَدٍ أو) غَصَب (مُدَبَّرةً، فماتَت) عندَه (ضَمِن قِيمةَ الْمُدبَّرةِ لا أُمِّ الولَدِ) عند أبي حنيفةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وقالا: يَضمَنُ أُمَّ الولَدِ أيضًا؛ لأنها مُتقوِّمةٌ عندهما، كالْمُدبَّرة، وعندَه: غيرُ مُتقوِّمةٍ، بخِلاف الْمُدبَّرةِ، وبقولهما قالَت الثَّلاثةُ.

وقِيمةُ أُمِّ الولَدِ: ثُلُثُ قِيمةِ القِنِّ، وقِيمةُ الْمُدبَّرةِ.. قِيل: ثُلُثا قِيمةِ[1] القِنِّ، وقِيل: نِصفُ قِيمةِ القِنِّ، وقد مَرَّ تَحقيقُه في البَيع الفاسِدِ، والله أعلمُ.

---

(١) في (أ): وقيمة المدبرة ثلثا قيمة.

كتاب الشّفعة



كِتاب الشُّفعةِ

هي: تَملُّكُ البُقعةِ جَبرًا على الْمُشتَري بما قامَ عليه.

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (الشُّفعةِ)

وهي في اللُّغة: من الشَّفْع، وهو الضَّمُّ، ضِدُّ الوِترِ، مِن شَفَع الرَّجُلُ: إذا كان فردًا فصار له ثانٍ، والشَّفيعُ أيضًا يَضُمُّ الْمَأخوذَ إلى مِلكه، فلذلك سُمِّي شُفعةً.

وفي الشَّرع: (هي) أي الشُّفعةُ (تَملُّكُ[1] البُقعةِ جَبرًا) أي من حيثُ الجَبرُ (على الْمُشتَري بما) أي بالذي[2]، أي بالثَّمَن الذي (قامَ عليه) أي على الْمُشتَري[3].

وقِيل: هي ضَمُّ بُقعةٍ مُشتَراةٍ إلى عَقار الشَّفيعِ بسَبَب الشَّرْكةِ أو الجِوارِ، وهذا أحسَنُ.

---

(١) في سوى (أ) و(هـ): تمليك.

(٢) في سوى (أ): أي بالدين.

(٣) قال في «تكملة رد المحتار» ٦/ ٢١٧: قوله: (بما قام عليه) يعني حقيقةً أو حكمًا، كما سيأتي في الخمر وغيره. طوري، والمراد: ما لزم المشتري من المؤن بالشراء؛ وبه يعلم ما في كلام العيني كصاحب «الدرر» من القصور، حيث قال: (بما) أي بالثمن الذي قام عليه، فلو أبقى المتن على عمومه لكان أولى. أبو السعود.

وتَجِبُ للخَليط في نَفْس الْمَبِيعِ، ثم للخَليط في حقِّ الْمَبِيعِ، كالشِّرْب، والطَّريقِ ....

(وتَجِبُ) الشُّفعةُ، والمُرادُ من الوُجوب الثُّبوتُ (للخَليط) وهو الشَّريكُ الذي لم يُقاسِم (في نَفْس الْمَبيعِ) وهذا بالإجماع؛ لِما رَوى جابرٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضى بالشُّفعة في كلِّ شِرْكةٍ لم تُقسَم رَبْعَةٍ أو حائطٍ[1]، لا يَحِلُّ له أن يَبيعَ حتى يَأذَنَ شَريكُه، فإن شاء أَخَذ، وإن شاء تَرَك، وإن باعَه ولم يُؤذِنه[2] به: فهو أحَقُّ به. رَواه مسلمٌ وأبو داوُدُ والنَّسائيُّ[3].

(ثم) يَجِبُ (للخَليط في حقِّ الْمَبيعِ) وهو الذي قاسَم وبَقِيت له شِرْكةٌ في حقِّ العَقارِ[4] (كالشِّرْب) بكَسر الشِّينِ (والطَّريقِ) بشَرط أن يَكونا

---

(١) قال الخطابي في «معالم السنن» ٣/ ١٥٢: الرَّبْع والرَّبْعة: المنزل الذي يَرْبَع به الإنسان ويتوطنه، يقال: هذا ربع، وهذه ربعة بالهاء، كما قالوا: دار ودارة، وفي الحديث إثبات الشفعة في الشركة، وهو اتفاق من أهل العلم، وليس فيه عن المقسوم من جهة اللفظ، ولكن دلالته من طريق المفهوم أن لا شفعة في المقسوم، كقوله: «**الولاء لمن أعتق**»، دلالته أنه لا ولاء إلا للمعتق، وفيه دليل على أن الشفعة لا تجب إلا في الأرض والعقار، دون غيرهما من العروض والأمتعة والحيوان ونحوهما.

(٢) في سوى (أ): يؤذن به. والمثبت موافق لروايات الحديث.

(٣) مسلم (١٦٠٨)، وأبو داود (٣٥١٣)، والنسائي (٤٦٤٦).

(٤) قال في «تكملة رد المحتار» ٦/ ٢٢٠ متعقبًا على المصنف هنا: قال المرحوم الشيخ شاهين: فيه نظر؛ لأن الخليط في حق المبيع أعم ممن قاسم أوْ لا، بأن كان خليطًا في حق المبيع من غير قسمة، ويمكن أن يجاب بأنه غير احترازي، فالمتن على إطلاقه. اهـ. وأقول: بل هو احترازي؛ لأنه قبل القسمة يستحقها من حيث =

إن كان خاصًّا، ....

خاصَّين، وهو أن يكونَ النَّهرُ لا تَجري فيه السُّفُنُ، والطَّريقُ الذي لا يَنفُذُ، أشار إليه بقوله:

(إن كان) كلُّ واحدٍ من الشِّرْب والطَّريقِ (خاصًّا) حتى إذا كانا عامَّين لم تُستحَقَّ بهما الشُّفعةُ.

وقال الشَّارحُ: والشِّرْبُ الخاصُّ عند أبي حنيفة ومحمدٍ: أن يكونَ نهرًا صَغيرًا لا تَجري فيه السُّفُنُ، وإن كان كَبيرًا تَجري فيه السُّفُنُ: فليس بخاصٍّ، فإذا بِيعَ أرضٌ من الأراضي التي تُسقى منها: لا يَستحِقُّ أهلُ النَّهرِ الشُّفعةَ بسَببه، والجارُ أحَقُّ منهم، بخِلاف النَّهرِ الصَّغيرِ.

وقيل: إذا كان أهلُه لا يُحصَون فهو كَبيرٌ، وإن كانوا يُحصَون فهو صَغيرٌ، وعليه عامّةُ المَشايخِ، لكن اختَلفوا في حدِّ ما يُحصى وما لا يُحصَى، فبَعضُهم قَدَّر ما لا يُحصَى بخمسمائةٍ، وبَعضُهم بأربَعين.

وعن أبي يوسفَ: الخاصُّ: أن يكونَ نهرًا يُسقى منه قَراحان أو ثلاثةٌ، وما زاد على ذلك فهو عامٌّ، وقيل: هو مُفوَّضٌ إلى رَأي المُجتهِدين في كلِّ عصرٍ، فإن رَأوهم كثيرًا كانُوا كَثيرًا، وإن رَأوهم قَليلًا كانُوا قَليلًا، وهو أشبَهُ الأقاويلِ.

= كونه شريكًا في نفس المبيع، لا في حقه؛ إذ الشريك في المبيع مقدم على الخليط في حقه. أبو السعود.

ثم للجار الْمُلاصِقِ.

(ثم) تَجِبُ الشُّفعةُ بعدَ ذلك (للجار الْمُلاصِقِ) وهو الذي دارُه على ظَهر الدّارِ الْمَشفوعةِ وبابُه في سِكّةٍ أُخرى، وقال الشّافعيُّ: لا شُفعةَ بالجِوار؛ لقَول جابِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَضى بالشُّفعة في كلِّ مالٍ لم يُقسَم، فإذا وَقَعَت الحُدودُ، وصُرِفت الطُّرُقُ: فلا شُفعةَ[1]، رَواه البُخاريُّ[2]، وبه قال مالِكٌ وأحمدُ.

ولنا: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «جارُ الدّارِ أحقُّ بالدّار من غَيره»، رَواه أحمدُ، وأبُو داوُدُ، والتِّرمِذيُّ وصَحَّحه[3]، وقولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الجارُ أحقُّ بسَقَبه ما كان»، رَواه أحمدُ، والنَّسائيُّ، وابنُ ماجهْ[4]، ويُروى:

---

(١) قال القسطلاني في «إرشاد الساري» ١٠/ ١١٤: (في كل ما لم يقسم) من العقار، وما موصولة بمعنى الذي، والصلة جملة لم يقسم، والعائد المفعول الذي لم يسم فاعله، وهو هنا محذوف، أي فيما لم يقسم من العقار كما مر (فإذا وقعت الحدود) جمع حد، وهو هنا ما تتميز به الأملاك بعد القسمة (وصرفت الطرق) بضم الصاد وكسر الراء مشددة ومخففة، أي بينت مصارفها وشوارعها، وجواب فإذا: قوله (فلا شفعة)؛ لأنه صار مقسومًا، وخرج عن الشركة، فصار في حكم الجوار، والمعنى في الشفعة دفع ضرر مؤونة القسمة، واستحداث المرافق المصعد والمنور والبالوعة في الحصة الصائرة إليه، وظاهره أن لا شفعة للجار؛ لأنه نفى الشفعة في كل مقسوم.

(٢) البخاري (٢٢٣١).

(٣) رواه الإمام أحمد (١٩٤٥٩)، وأبو داود (٣٥١٧)، والترمذي (١٣٦٨)، ولفظ أبي داود: «جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض».

(٤) رواه الإمام أحمد (١٩٤٦١)، والبخاري (٢٢٥٨)، وأبو داود (٣٥١٦)، والترمذي =

والشَّريكُ في خَشَبةٍ على الحائِط، وواضِعُ الجُذوعِ على الحائِط: جارٌ.

«بصَقَبه»[1]، وكِلاهما بمَعنًى واحِدٍ، وهو القُربُ، وقد رُوِي هذا التَّفسيرُ مَرفوعًا[2].

أثبَت[3] النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الشُّفعةَ للجار بعِلّة قُربه، فيَستحِقُّ الشُّفعةَ[4]، وحَديثُ جابِرٍ مَعناه: أنها لا تَجِبُ للجار بقِسمة الشُّرَكاءِ؛ لأنهم أحقُّ منه، وحقُّه مُتأخِّرٌ عن حقِّهم، وبذلك يَحصُلُ التَّوفيقُ بين الأحاديثِ.

(والشَّريكُ في خَشَبةٍ) مَوضوعةٍ (على الحائِط، وواضِعُ الجُذوعِ على الحائِط: جارٌ) فلا يَستحِقُّ الشُّفعةَ إلا بعدَ الشَّريكِ في نَفس الْمَبيعِ، والشَّريكِ في حقِّ الْمَبيعِ؛ لأن الشِّرْكةَ الْمُعتَبرةَ هي الشِّرْكةُ في العَقار لا في الْمَنقول، والخَشَبةُ مَنقولةٌ، وبوَضع الجُذوعِ على الحائِط لا يَصيرُ

= معلقًا (١٣٧٠) والنسائي (٤٧٠٢)، وابن ماجه (٢٤٩٥)، جميعهم سوى الإمام أحمد دون قوله: «ما كان». ورواه به ابن ماجه (٢٤٩٨) بلفظ الشريك بدل الجار، وروي بهذا اللفظ عند غيرهم.

(١) من رواية البخاري (٦٩٧٧).

(٢) قال في «الدراية» ٢/ ٣٠٢: لكن قول المصنف: قيل: يا رسول الله! ما سقبه؟ لا يوجد في شيء من الطرق، وإنما وقع عند الطبراني: قيل لعمرو بن الشريد: ما سقبه؟ قال: الجوار. نعم عند أبي يعلى: «الجار أحق بسقبه يعني بشفعته»، وقال إبراهيم الحربي: الصقب بالصاد والسين ما قرب من الدار.

(٣) في (ب) و(هـ): أتيت.

(٤) في (هـ): وقد روي هذا التفسير مرفوعًا: أتيت النبي عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أسأله عن الشفعة، فقال: «الشفعة للجار بعلة قربه، فيستحق الشفعة».

....

شَريكًا في الدّار، وكذا بالشِّرْكة في الجُذوع لا يَكونُ شَريكًا فيها، لكنه جارٌ مُلازِقٌ[1]؛ لوُجود اتِّصالِ بُقعةِ أحَدِهما ببُقعة الآخَرِ، فيَستحِقُّ الآخَرُ الشُّفعةَ على أنه جارٌ مُلازِقٌ، ولا يَترجَّحُ بذلك على غَيره من الجِيران.

وكذا إذا كان بعضُ الجِيرانِ شَريكًا في الجِدار لا يُقدَّمُ على غَيره من الجِيران؛ لأن الشِّرْكةَ في البِناء الْمُجرَّدِ بدون الأرضِ لا تُستحَقُّ بها الشُّفعةُ، ولو كان البِناءُ والْمَكانُ الذي عليه البِناءُ مُشترَكًا بينَهما: كان هو أولى من غَيره من الجِيران.

وقال الكَرْخيُّ في «مُختصَره»: الشُّفعةُ تُستحَقُّ عندَ أصحابِنا جَميعًا بثَلاثة مَعانٍ: الشِّرْكةِ فيما وَقَع عليه عَقدُ البَيعِ، أو بالشِّرْكة في حُقوق ذلك، أو بالجِوار، الأقرَبِ فالأقرَبِ.

وتَفسيرُ ذلك: دارٌ بينَ قَومٍ فيها مَنازِلُ لهم، فيها شِرْكةٌ بينَ بعضِهم، وفيها ما هي مُفرَدةٌ لبَعضهم، وساحةُ الدّارِ مَرفوعةٌ بينَهم يَتطرَّقون من مَنازِلهم فيها، وبابُ الدّارِ التي فيها الْمَنازِلُ في زُقاقٍ غيرِ نافِذٍ، فباع بعضُ الشُّرَكاءِ في الْمَنزِلِ نَصيبَه من شَريكه، أو من رجلٍ أجنَبيٍّ، بحُقوقه من التَّطرُّق في السّاحة: فالشَّريكُ في الْمَنزِل أحقُّ بالشُّفعة من الشَّريك في السّاحة، ومن الشَّريك في الزُّقاق الذي فيه بابُ الدّارِ.

فإن سَلَّم الشَّريكُ في الْمَنزِل الشُّفعةَ: فالشَّريكُ في السّاحة أحقُّ بالشُّفعة،

---

(١) في (أ): ملاصق.

على عَدَد الرُّؤوسِ بالبَيع.

وإن سَلَّم الشَّريكُ في السّاحة: فالشَّريكُ في الزُّقاق الذي لا مَنفَذَ له الذي يَشرَعُ فيه بابُ الدّارِ أحقُّ بعدَه بالشُّفعة من الجار المُلاصِق.

وجَميعُ أهلِ الزُّقاقِ الذي طَريقُهم فيه شُرَكاءُ في الشُّفعة، مَن كان في أدناه وأقصاه في ذلك سواءٌ، فإن سَلَّم الشُّرَكاءُ في الزُّقاق: فالجارُ المُلاصِقُ ممن لا طَريقَ له في الزُّقاق بعدَ هؤلاء أحقُّ، وليس لغَير المُلاصِقِ من الجِيران شُفعةٌ ممن لا طَريقَ له في الزُّقاق. انتَهى.

وكَلِمةُ (على) في قَوله: (على عَدَد الرُّؤوسِ) تَتعلَّقُ بقَوله: وتَجِبُ للخَليط، أي تَجِبُ الشُّفعةُ على عَدَد الرُّؤوسِ، وقال الشّافعيُّ: على قَدْر سِهامِهم، وبه قال مالِكٌ وأحمدُ.

كما إذا كانَت دارٌ بينَ ثَلاثةٍ، لأحَدهم نِصفُها، ولآخَرَ سُدُسُها، وللآخَر ثُلُثُها، فباعَ صاحِبُ السُّدُسِ سُدُسَه، فطَلَبا الدّارَ بالشُّفعة: فإنها تُقسَمُ بينَهما أخماسًا: ثَلاثةُ أخماسٍ لصاحِب النِّصف، والخُمُسان لصاحِب الثُّلُث؛ لأن الشُّفعةَ من مَرافِق المِلك، فأشبَه الرِّبحَ.

ولنا: أن العِلَّةَ اتِّصالُ المِلك، وقَليلُه في ذلك ككَثيره، فيَكونُ ما باع صاحِبُ السُّدُس بينَهما نِصفان.

والباءُ في قَوله: (بالبَيع) تَتعلَّقُ بقَوله (تَجِبُ) أيضًا، أشار بهذا إلى أن سبَبَ وُجوبِ الشُّفعةِ البيعُ، أعني: بيعَ الدّارِ المَشفوعةِ، هكذا قال بعضُهم، والصَّحيحُ أن السَّبَبَ هو اتِّصالُ الأملاكِ على اللُّزوم، والبَيعُ شَرطٌ، فحينَئذٍ يَكونُ التَّقديرُ: تَجِبُ الشُّفعةُ بعَقد البَيعِ، أي بعدَ وُجودِه.

وتَستقِرُّ بالإشهاد، وتُملَكُ بالأخذ بالتَّراضِي، أو بقَضاء القاضِي.

والمُرادُ بالبَيع: الصَّحيحُ؛ فإن البَيعَ الفاسِدَ لا تَجِبُ فيه الشُّفعةُ؛ لأنه قبلَ القبضِ لا يُفيدُ المِلكَ، وبعدَه مُستحِقٌّ للفَسخِ، فإيجابُها تَقريرُ الفَسادِ، فلا يَجوزُ، إلا إذا سَقَط الفسخُ وَجَبت؛ لزَوال المانِعِ.

وفيه قَيدٌ آخَرُ، وهو: أن يَكونَ خاليًا عن خِيار البائعِ؛ لأنه يَمنَعُ خُروجَ المَبيعِ عن مِلكه، حتى لو أسقَطه وَجَبت، وخِيارُ المُشتَري غيرُ مانِعٍ؛ لأنه لا يَمنَعُ خُروجَ المَبيعِ عن مِلك البائعِ، وكذلك خِيارُ الرُّؤيةِ والعَيبِ لا يَمنَعان.

(وتَستقِرُّ) الشُّفعةُ (بالإشهاد) لأنها حقٌّ ضَعيفٌ، فلا بُدَّ من طَلَب المُواثَبةِ والإشهادِ على الطَّلَب.

(وتُملَكُ) الشُّفعةُ (بالأخذ) أي بأخذ الدّارِ المَشفوعةِ (بالتَّراضِي) بأن يُسَلِّمَها المُشتَري برِضاه (أو بقَضاء القاضِي) من غَير أخذٍ؛ لأنها مِلكٌ[1]، فلا يَصِحُّ إلا بما ذَكَرنا، وفائِدتُه: أنه إذا مات الشَّفيعُ بعدَ الطَّلَبَين قبلَ التَّسليمِ أو الحُكمِ: لا تُورَثُ عنه.

ولو باع دارَه التي تُستحَقُّ بها الشُّفعةُ بَطَلت شُفعتُه، ولو بِيعَت دارٌ بجَنْبِها: لا يَستحِقُّها بالشُّفعة؛ لعَدَم مِلكِه فيها.

---

(١) أي ملك المشتري، وقد تم بالشراء، فلا يخرج عنه إلى الشفيع إلا برضاه أو بحكم الحاكم؛ لأن للحاكم ولايةً عامةً، فيقدر على ذلك في ضمن الحكم بالحق، وولايته على نفسه فوق ولاية القاضي عليه، فكان أولى بذلك. «التبيين» ٥/ ٢٤٢.

باب طلَبِ الشُّفعةِ

فإن عَلِم الشَّفيعُ بالبَيع: أَشهَدَ في مَجلِسه على الطَّلَب، ....

هذا (باب) في بَيان أحكامِ (طلَبِ الشُّفعةِ)

وبيانُ كَيفيّةِ الطَّلَبِ: (فإن عَلِم الشَّفيعُ بالبَيع) أي ببَيع الدّارِ الْمَشفوعةِ (أَشهَدَ) على نَفسه على الفَور من غَير تَأخيرٍ ولا سُكوتٍ (في مَجلِسه على الطَّلَب) لأن سُكوتَه بعد العِلمِ يَدُلُّ على رِضاه بجِوار الجارِ الحادِثِ ومُعاشَرتِه، فتَبطُلُ شُفعتُه به.

ولو أُخبِر بكِتابٍ والشُّفعةُ في أوَّله أو وسَطِه، فقرَأ الكِتابَ إلى آخِره: بَطلَت شُفعتُه إذا كان ذلك بعدَ عِلم الْمُشتَري والثَّمَنِ، فإن أُخبِر بحَضرة الشُّهودِ: يُشهِدُهم عليه، وإلا يَطلُبُ[1] من غَير إشهادٍ؛ لأن هذا الطَّلَبَ صَحيحٌ من غَير إشهادٍ[2].

ويُشترَطُ أن يَكونَ مُتَّصِلًا بعِلمه عند عامّةِ[3] الْمَشايخِ، وهو مَرويٌّ عن محمدٍ، وعنه: أن له التَّأمُّلَ إلى آخِر الْمَجلِسِ، كالْمُخيَّرة[4]، وبهذا أخَذ الكَرْخيُّ.

---

(١) في (ب) و(هـ): وإلا بطلت، وفي (ج) و(د): ولا يطلب.

(٢) والإشهاد لمخافة الجحود، والطلب لا بد منه كي لا يسقط حقه فيما بينه وبين الله تعالى، وليمكنه الحلف إذا حلف، ولئلا يكون معرضًا عنها وراضيًا بجوار الدخيل. «التبيين» ٥/ ٢٤٣.

(٣) في (أ): وعليه عامة.

(٤) لأنه تمَلُّكٌ فلا بد من التأمل فيه كسائر التملكات. «التبيين» ٥/ ٢٤٣.

ثم على البائِع لو في يَده، أو على الْمُشتَري، أو عندَ العَقارِ.

ولو قال بعدما عَلِم البيعَ: الحَمدُ لله، أو لا حولَ ولا قُوّةَ إلا بالله العليِّ العَظيمِ، أو سُبحانَ اللهِ: لا تَبطُلُ شُفعتُه على هذه الرِّوايةِ[1]، وكذا لو قال: مَن ابتاعَها؟ وبكَم بِيعَت[2]؟ وكذا لو قال: خَلَّصَني اللهُ تَعالى.

ويَصِحُّ الطَّلَبُ بكلِّ لفظٍ يُفهَمُ منه طلَبُ الشُّفعةِ في الحال.

ولا يَجِبُ عليه الطَّلَبُ حتى يُخبِرَه بها رَجُلان غيرُ عَدْلين، أو واحِدٌ عَدْلٌ عندَ أبي حنيفةَ، أو رَجُلٌ وامرَأتان، وعندَهما: يَجِبُ عليه الإشهادُ إذا أخبَره واحِدٌ، حُرًّا كان أو عَبدًا، صَغيرًا كان أو كَبيرًا، إذا كان الخبَرُ حقًّا.

وإذا لم يُشهِد بَطَلت[3] شُفعتُه.

ولو أخبَره الْمُشتَري بنَفسه: يَجِبُ عليه الطَّلَبُ بالإجماع كيفما كان؛ لأنه خَصمٌ فيه، والعَدالةُ غيرُ مُعتبَرةٍ في الخُصوم.

(ثم) أَشهَد (على البائِع لو) كان الْمَبيعُ (في يَده، أو) أشهَد (على الْمُشتَري، أو) أشهَد (عندَ العَقارِ) وهذا طلَبُ التَّقريرِ، وما ذَكَرنا طلَبُ

---

(١) لأن الأول حمد على الخلاص من جواره، والثاني تعجب منه لقصد الإضرار به، والثالث لافتتاح الكلام به، ولا يدل شيء منه على الإعراض. «التبيين» ٥/ ٢٤٣.

(٢) لأنه يَرغب فيها بثمن دون ثمن، ويَرغب عن مجاورة بعض دون بعض، فلا يدل ذلك قبل العلم به على الإعراض. «التبيين» ٥/ ٢٤٣.

(٣) في (د) و(هـ): بطلب شفعته.

ثم لا تَسقُطُ بالتّأخير.

الْمُواثَبةِ، وكَيفيّتُه أن يَقولَ: إن فُلانًا باعَ هذه الدّارَ، ويَذكُرَ حُدودَها الأربَعَ، و: أنا شَفيعُها، طَلَبتُ شُفعَتَها، وأطلُبُها الآنَ، فاشهَدوا عليَّ بذلك.

ومُدّةُ هذا الطَّلَبِ مُقدَّرةٌ بتَمكُّنه من الإشهاد مع القُدرةِ على أحَد هؤلاء الثَّلاثةِ، حتى لو تَمكَّن ولم يَطلُب: بَطَلت شُفعتُه.

وإن قَصَد الأبعدَ من هذه الثَّلاثةِ، وتَرَك الأقرَبَ.. فإن كانُوا جَميعًا في مِصره: جاز استِحسانًا، وإن كان بعضُهم في مِصره، والبَعضُ الآخَرُ في مِصرٍ آخَرَ، أو في الرُّستاق، فقَصَد الأبعَدَ، وتَرَك الذي في مِصره: بَطَلت شُفعتُه.

وإن أَشهَد عندَ طلَبِ الْمُواثَبةِ على البائِع، بأن كان حاضِرًا، أو على الْمُشتَري، أو عندَ العَقارِ: يَكفيه ذلك، ويَقومُ مَقامَ الطَّلَبين، ذَكَره شيخُ الإسلامِ.

وبَقِي طلَبٌ ثالِثٌ، وهو طلَبُ الأخذِ والتَّملُّكِ، أشار إليه بقَوله: (ثم لا تَسقُطُ) الشُّفعةُ (بالتَّأخير) أي بتَأخير طَلبِ الأخذِ بعدَما استَقرَّت شُفعتُه بالإشهاد عندَهما، وعندَ محمدٍ: إن أخَّر هذا الطَّلَبَ إلى شَهرٍ[1] من غَير عُذرٍ بَطَلت، وبه قال زفرُ، وهو رِوايةٌ عن أبي يوسفَ، وفي «العُيون»: وبعضُنا أفتى به، وعنه: أنه قَدَّره بثَلاثة أيّامٍ، وعن

---

(١) في (ج): شهرين.

وإنْ طَلَب عندَ القاضِي: سَأل الْمُدَّعَى عليه، فإن أقَرَّ بملكِ ما يَشفَعُ به، أو نَكَل، أو بَرْهَن الشَّفيعُ: سَأله عن الشِّراء، ....

أبي يوسفَ: إذا تَرَك الْمُحاكَمةَ والْمُرافَعةَ إلى القاضِي في زَمانٍ يَقدِرُ على ذلك: بَطَلت.

وعندَ الشَّافعيِّ في الجَديد، وأحمدَ في رِوايةٍ: تَبطُلُ بالتَّأخير ولو بلا عُذرٍ، وعندَ مالِكٍ: تَبطُلُ بمُضيِّ سَنةٍ، والفَتوى على قَول أبي حنيفةَ أنها لا تَبطُلُ أبدًا حتى يُسقِطَها بلِسانه؛ لأن الحقَّ قد ثَبَت بالطَّلَب، فلا تَبطُلُ بالتَّأخير، كسائِر الحُقوقِ.

ولو كان التَّأخيرُ بعُذرٍ من مَرَضٍ، أو سَفَرٍ، أو حَبسٍ، أو عدَمِ قاضٍ يَرى الشُّفعةَ بالجِوار في بَلَده: لا تَسقُطُ بالإجماع، وإن طالَت الْمُدّةُ.

(وإنْ[1] طَلَب) الشَّفيعُ الشُّفعةَ (عندَ القاضِي سَأل) القاضِي (الْمُدَّعَى عليه) -وهو الْمُشتَري- عن الدّار التي يَشفَعُ بها الشَّفيعُ هل هيَ مِلكٌ للشَّفيع[2] أم لا..

(فإن أقَرَّ) الْمُشتَري (بمِلك) الشَّفيع (ما يَشفَعُ به، أو نَكَل) الْمُشتَري عن اليَمين بعدَما أنكَر (أو بَرْهَن الشَّفيعُ) أي أو أقام بَيِّنةً أنها مِلكُه (سَأله) أي سَأل القاضِي الْمُشتَريَ (عن الشِّراء) فيَقولُ له: اشتَريتَ أم لا.

(١) في (د): فإن.
(٢) في (ج) و(د): الشفيع.

فإن أقَرَّ به، أو نكَل، أو بَرْهَن الشَّفيعُ: قَضى بها.

(فإن أقَرَّ) الْمُشترِي (به) أي بالشِّراء (أو نكَل) عن اليَمين بعدَما أنكَر (أو بَرْهَن الشَّفيعُ) أي أقام بَيّنةً على الشِّراء (قَضى) القاضِي (بها) أي بالشُّفعة؛ لثُبوته عندَه.

والواجِبُ في هذا: أن يَسألَ القاضِي أوّلًا الْمُدَّعيَ[1] عن مَوضِع الدّارِ من مِصرٍ ومحَلّةٍ وحُدودِها؛ لأنه ادَّعى فيها حقًّا، فلا بُدَّ أن تَكونَ مَعلومةً، فإذا بَيَّن ذلك سَأل هل قَبَض الْمُشتَري الدّارَ أم لا، لأنه إذا لم يَقبِضها لا تَصِحُّ دَعواه على الْمُشتَري حتى يَحضُرَ البائعُ، فإذا بَيَّن ذلك سَأله عن طَلَب التَّقريرِ كيف كان، وعند من أشهَد، فإذا بَيَّن ذلك كلَّه تمَّ دَعواه..

ثم أقبَل على الْمُدَّعى عليه[2]، فسَأله عن الدّار التي يَشفَعُ بها هل هي مِلكُ الشَّفيعِ أم لا، فإن اعتَرَف ثَبَت باعتِرافه، وإن أنكَر: كَلَّف القاضِي الشَّفيعَ إقامةَ البَيِّنةِ على أنه مالِكٌ لما يَشفَع به، وعند زفرَ: يَقضي بظاهِر اليدِ، وهو إحدى الرِّوايتَين عن أبي يوسفَ، وقولُ الشّافعيِّ؛ لأن اليدَ دَليلُ الْمِلكِ ظاهِرًا، ولنا: أن الظّاهرَ يَكفي للدَّفع دون الإلزامِ..

---

(١) كذا في (ز) و(ح)، وفي باقي الأصول: عن المدعي، والأوجه والله أعلم حذف حرف الجر، ولكن نقل شيخي زاده هذا النص عن المصنف في «مجمع الأنهر» ٢/ ٤٧٥ مع حرف الجر.

(٢) في (ب) و(هـ): على المدعي فسأله.

ولا يَلزمُ الشَّفيعَ إحضارُ الثَّمَنِ وقتَ الدَّعوى، ....

فإن عَجَز عن البَيِّنة، فطَلَب[1] يَمينَه: استَحلَف المُشتَريَ بالله ما يَعلَمُ أنه مالِكٌ للذي ذَكَره مما يَشفَعُ به.. عندَ أبي يوسفَ، وعندَ محمدٍ: يُحلَّفُ على البَتات، فإن نَكَل، أو أقام الشَّفيعُ بَيِّنةً، أو أقَرَّ المُشتَري بذلك: ثَبت مِلكُ الشَّفيعِ في الدّار التي يَشفَعُ بها، وثَبَت السَّبَبُ.

وبعدَ ذلك يَسألُ القاضِي المُدَّعى عليه فيَقولُ له: هل اشتَريتَ أم لا؟ فإن أنكَر الشِّراءَ قال للشَّفيع: أقِم البَيِّنةَ أنه اشتَرى، فإن عَجَز عن إقامةِ البَيِّنةِ، وطَلَب يَمينَ المُشتَري: استُحلِف بالله ما اشتَرى، أو بالله ما تُستَحَقُّ عليه في هذه الدّار شُفعةٌ من الوَجه الذي ذَكَره، فهذا تَحليفٌ على الحاصِل، وهو قولُ أبي حنيفةَ ومحمدٍ، والأوَّلُ على السَّبَب، وهو قولُ أبي يوسفَ، فإن نَكَل، أو أقَرَّ، أو أقام الشَّفيعُ بَيِّنةً: قَضى بها؛ لظُهور الحقِّ بالحُجّة.

(ولا يَلزمُ الشَّفيعَ إحضارُ الثَّمَنِ وقتَ الدَّعوى) فيَجوزُ له المُنازَعةُ وإن لم يُحضِره إلى مَجلِس القاضِي، وعن[2] محمدٍ: لا يُقضى له بها حتى يُحضِرَ الثَّمَنَ، وهو رِوايةُ الحسَنِ عن أبي حنيفةَ؛ احتِرازًا عن تَوى الثَّمَنِ، وجهُ الظّاهرِ: أنه لا يَجِبُ عليه إلا بعدَ القَضاءِ؛ لأنه قبلَ القَضاء غيرُ واجِبٍ عليه، فلا يُطالَبُ به.

---

(١) في (أ) و(ج): وطلب.

(٢) في (هـ): وعند.

بل بعدَ القَضاءِ.

وخاصَم البائِعَ لو في يَده.

ولا يَسمَعُ البَيِّنةَ حتى يَحضُرَ الْمُشتَري، فيَفسُخُ البيعَ بمَشهَده.

والعُهدةُ على البائِعِ.

وعندَ الشّافعيِّ: يُنتظَرُ ثَلاثةَ أيّامٍ، وعندَ مالِكٍ وأحمدَ: يَومَين، فإن أحضَر، وإلا فُسِخ، فإن قال: ليس عِندي الثَّمَنُ، أو: أُحضِرُه غدًا، أو ما أشبَه ذلك: تَبطُلُ الشُّفعةُ، وعندَ الثَّلاثةِ: لا.

(بل) إنما يَلزَمُ الشَّفيعَ إحضارُ الثَّمَنِ (بعدَ القَضاءِ) أي بعدَ قَضاءِ القاضِي بالشُّفعة؛ لما ذَكَرنا.

(وخاصَم) الشَّفيعُ (البائِعَ لو) كان الْمَبيعُ (في يَده) لأن له يَدًا مُحِقّةً أصالةً، فكان خَصمًا، كالمالِك، بخِلاف الْمُودَعِ والْمُستَعيرِ ونحوِهما؛ لأن يَدَهم ليست بأصالةٍ، فلا يَكونُ خَصمًا.

(ولا يَسمَعُ) القاضِي (البَيِّنةَ حتى يَحضُرَ الْمُشتَري) لأن لكلٍّ منهما في الْمَبيع حقًّا، للبائِع اليدُ، وللمُشتَري الْمِلكُ، والشَّفيعُ يَتعرَّضُ للحقَّين جَميعًا، فلا بُدَّ من حُضورهما (فيَفسُخُ البيعَ بمَشهَده) أي بمَشهَد الْمُشتَري، أي بحُضوره، بخِلاف ما بعدَ القبضِ؛ حيث لا يُشترَطُ حُضورُ البائعِ؛ لأن العَقدَ قد انتَهى بالتَّسليم، فصار البائِعُ أجنَبيًّا عنهما.

(والعُهدةُ) وهي ضَمانُ الثَّمَنِ عند الاستِحقاقِ (على البائِعِ) عندَنا، وقالَت الثَّلاثةُ: على الْمُشتَري، والأصلُ في ذلك: أن حُقوقَ العَقدِ

والوَكيلُ بالشِّراء خَصمٌ للشَّفيع، ما لم يُسَلِّم إلى الْمُوكِّل.
وللشَّفيع خِيارُ الرُّؤيةِ والعَيبِ، وإن شَرَط الْمُشتَري البَراءةَ منه.
وإن اختَلَف الشَّفيعُ والْمُشتَري في الثَّمَنِ: فالقَولُ للمُشتَري، ....

تَرجعُ إلى المالِك عندَهم، وإلى العاقِد عندَنا.

(والوَكيلُ بالشِّراء خَصمٌ للشَّفيع ما لم يُسَلِّم) الْمَبيعَ (إلى الْمُوكِّل) لأن الوَكيلَ هو العاقِدُ، والأخذُ بالشُّفعة من حُقوق العَقدِ، فيَكونُ مُتوجِّهًا عليه، إلا أن يُسَلِّمَ الدّارَ إلى الْمُوكِّل، فيَخرُجُ عن الخُصومة، وعندَ الثَّلاثةِ: الخَصمُ هو الْمُوكِّلُ ابتِداءً؛ لأن الوَكيلَ بمَنزِلة السَّفيرِ.

(وللشَّفيع خِيارُ الرُّؤيةِ والعَيبِ، وإن شَرَط الْمُشتَري البَراءةَ منه) أي من العَيب، بالإجماع؛ لأن الأخذَ بالشُّفعة بمَنزِلة الشِّراءِ، فيَثبُتُ فيها الخِيارُ، ولا يَسقُطُ برُؤية الْمُشتَري وبشَرط بَراءتِه؛ لأن الشَّفيعَ ليس بنائبٍ عنه، فلا يَسقُطُ حقُّه بإسقاط الْمُشتَري.

(وإن اختَلَف الشَّفيعُ والْمُشتَري في) مِقدار (الثَّمَنِ: فالقَولُ للمُشتَري) لأنه مُنكِرٌ؛ لأن الشَّفيعَ يَدَّعي استِحقاقَ الأخذِ عندَ نقدِ الأقلِّ، والْمُشتَري يُنكِرُه، ولا يَتحالَفان؛ لأن التَّحالُفَ عُرِف بالنَّصِّ(١) فيما إذا وُجِد الإنكارُ من الجانِبَين، والدَّعوى من الجانِبَين(٢)، والْمُشتَري لا يَدَّعي على الشَّفيع

(١) وهو قوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة: تحالفا وترادّا».
وقد تقدم تخريجه.
(٢) في (د): وإلا يجوز من الجانبين.

وإن بَرْهَنا: فللشَّفيع.

وإن ادَّعى الْمُشتَري ثمَنًا، وادَّعى بائِعُه أقلَّ منه، ولم يَقبِض الثَّمَنَ: أَخَذها الشَّفيعُ بما قال البائِعُ، ....

شيئًا[1]، فلا يَكونُ الشَّفيعُ مُنكِرًا، ولا يَكونُ في مَعنى ما وَرَد به النَّصُّ، فامتَنَع القِياسُ.

(**وإن بَرْهَنا**) أي وإن أقام كلٌّ منهما البَيِّنَةَ على دَعواه (**فللشَّفيع**) أي فالبَيِّنةُ بَيِّنةُ الشَّفيعِ عندَهما، وعندَ أبي يوسفَ: البَيِّنةُ بَيِّنةُ الْمُشتَري؛ لأنها تُثبِتُ الزِّيادةَ، وعندَ الشّافعيِّ وأحمدَ: تَهاتَرتا، والقولُ للمُشتَري، وعنهما: يُقرَعُ، وعند مالِكٍ: يُحكَمُ بالأعدَل، وإلا باليَمين.

ولهما: أن بَيِّنةَ الشَّفيعِ مُلزِمةٌ، وبَيِّنةَ الْمُشتَري غيرُ مُلزِمةٍ؛ لأن الشَّفيعَ لو تَرَكَ يُترَكُ، فكانَ الْمُلزِمُ أولى.

(**وإن ادَّعى الْمُشتَري ثمَنًا، وادَّعى بائِعُه أقلَّ منه، و**) الحالُ أنه (**لم يَقبِض الثَّمَنَ: أَخَذها**) أي الْمَشفوعةَ (**الشَّفيعُ بما قال البائِعُ**) لأن الأمرَ إن كان كما قالَه البائِعُ فالشَّفيعُ يَأخُذُه به، وإن كان كما قالَه الْمُشتَري يَكونُ حَطًّا عن الْمُشتَري بدَعواه الأقلَّ، وحطُّ البعضِ يَظهَرُ في حقِّ الشَّفيعِ، فيَأخُذُه به.

---

(1) أي لأن الشفيع مخير بين أخذ المبيع وتركه، فلم يتحقق كونه مدعًى عليه؛ لأنه هو الذي إذا ترك الدعوى لا يترك، والشفيع إذا ترك الدعوى يترك، فلم يكن اختلافهما في معنى ما ورد به النص... فلا جرم لم يجب التحالف. اهـ إتقاني. شلبي ٥/٢٤٧.

وإن قَبَض: أَخَذها بما قال الْمُشتَري.

وحَطُّ البعضِ يَظهَرُ في حقِّ الشَّفيعِ، لا حَطُّ الكلِّ والزِّيادةُ.

ولو كان ما ادَّعاه البائِعُ أكثرَ مما ادَّعاه الْمُشتَري تَحالَفا، وأيُّهما نَكَل ظَهَر أن الثَّمَنَ ما يَقولُه الآخَرُ، فيَأخُذُها الشَّفيعُ بذلك، وإن فَسَخ القاضِي العَقدَ بينَهما يَأخُذُه الشَّفيعُ بما يَقولُه البائِعُ.

(وإن قَبَض) البائِعُ الثَّمَنَ في الْمَسألة الْمَذكورةِ (أَخَذها) الشَّفيعُ (بما قال الْمُشتَري) إذا أَثبَت[1] ذلك بالبَيِّنةِ أو بيَمينه، ولا يُلتفَتُ إلى قَول البائعِ؛ لأن باستِيفاء الثَّمَنِ انتَهى العَقدُ، وصار البائعُ كالأجنَبيِّ، وعند الثَّلاثةِ: يَأخُذُ بقَول الْمُشتَري هنا أيضًا.

(وحَطُّ البعضِ) أي بعضِ الثَّمَنِ (يَظهَرُ في حقِّ الشَّفيعِ) حتى يَأخُذَه بما بَقِي؛ لأن الحَطَّ لما التَحق بأَصل العَقدِ صار الباقِي هو الثَّمَنَ، وعندَ الثَّلاثةِ: لا يَظهَرُ، ولا يَسقُطُ عن الشَّفيع، بل عليه الثَّمَنُ الْمُسمّى، وقد مرَّ أصلُ هذا في كِتاب البُيوعِ.

(لا) يَظهَرُ (حَطُّ الكلِّ) أي كلِّ الثَّمَنِ، يَعني: لو حَطَّ البائعُ كلَّ الثَّمَنِ عن الْمُشتَري: لم يَسقُط عن الشَّفيع بالإجماع؛ لأنه يَصيرُ بيعًا بلا ثَمَنٍ، وإنه باطِلٌ (و) لا يَظهَرُ أيضًا (الزِّيادةُ) على الثَّمَن بعدَ عَقدِ البَيعِ، حتى لا تَلزَمُه الزِّيادةُ بالإجماع؛ لأن في اعتِبارها إلحاقَ الضَّرَرِ به، وهُو مَدفوعٌ.

(١) في سوى (ح): إذا ثبت.

وإن اشترى دارًا بعَرْضٍ أو بعَقارٍ: أَخذها الشَّفيعُ بقِيمتِه، وبمِثله لو مِثليًّا.

وبحالٍّ لو مُؤجَّلًا، أو يَصبِرُ حتى يَمضِيَ الأجَلُ، فيَأخُذَها.

(وإن اشترى دارًا بعَرْضٍ أو بعَقارٍ: أخذها) أي الدّارَ (الشَّفيعُ بقِيمتِه) أي بقِيمة ذلك العَرْضِ أو العَقارِ (و) أَخذها (بمِثله) أي بمِثل ذلك العَرْضِ (لو) كان (مِثليًّا) أي من ذَوات الأمثالِ، كالْمَكيل، والْمَوزونِ، والعَدَديِّ الْمُتقارِبِ، كما في ضَمان العُدوانِ (و) أخذها الشَّفيعُ (بحالٍّ) أي بثَمنٍ حالٍّ (لو) كان الثَّمَنُ (مُؤجَّلًا) بأن كان الْمُشترِي اشتَراها إلى أجَلٍ..

(أو يَصبِرُ) الشَّفيعُ عن الأخذ (حتى يَمضِيَ الأجَلُ) الْمَضروبُ بين البائعِ والْمُشتَري (فيَأخُذَها) بعدَ ذلك، وقال زفرُ ومالِكٌ وأحمدُ والشّافعيُّ في القَديم: له أن يَأخُذَها في الحالِ بالثَّمَن الْمُؤجَّلِ؛ لأن الشِّراءَ وَقَع به، ولنا: أن الأصلَ في الثَّمَن أن يَكونَ حالًّا، وإنما يُؤجَّلُ بالشَّرط، ولا شرطَ في حقِّ الشَّفيعِ.

ثم لا بُدَّ من الطَّلَب إن كان يَصبِرُ إلى حُلول الأجَلِ، حتى لو سَكَت ولم يَطلُب في الحالِ: بَطَلت شُفعتُه عندَهما، وعندَ أبي يوسفَ: لا تَبطُلُ بالتَّأخير إلى حُلول الأجَلِ؛ لأن الطَّلَبَ ليس بمَقصودٍ لذاتِه، بل للأخذ، وهو لا يَتمكَّنُ منه في الحالِ بثَمَنٍ مُؤجَّلٍ، فلا فائِدةَ في طَلَبه في الحالِ.

ولهما: أن حقَّه قد ثَبَت، ولهذا له أن يَأخُذَ بثَمَنٍ حالٍّ، ولَولا أنَّ حقَّه ثابِتٌ لَمَا كان له ذلك، والسُّكوتُ عن الطَّلَب بعدَ ثُبوتِ حقِّه يُبطِلُ الشُّفعةَ.

وبمِثل الخَمرِ وقِيمةِ الخِنزيرِ إن كان الشَّفيعُ ذِمِّيًا، وبقِيمتهما لو مُسلِمًا. وبالثَّمَن وقِيمةِ البِناءِ والغَرْسِ لو بَنى الْمُشتَري أو غَرَس، أو كَلَّف

(و) أخَذها (**بمِثل الخَمرِ وقِيمةِ الخِنزيرِ إن كان الشَّفيعُ ذِمِّيًا**) صورتُه: اشتَرى ذِمِّيٌّ من ذِمِّيٍّ عَقارًا بخَمرٍ أو خِنزيرٍ، فإن كان شَفيعُه ذِمِّيًا أخَذه بمِثل الخَمرِ وقِيمةِ الخِنزيرِ؛ لأن هذا صَحيحٌ فيما بينَهم، فإذا صَحَّ تَرتَّب عليه أحكامُ البيعِ، مِثلُ الشُّفعةِ ونحوِها، غيرَ أن الذِّمِّيَّ لا يَتعذَّرُ عليه تَسليمُ الخَمرِ، فيَأخُذُه بها؛ لأنها من ذَوات الأمثالِ، والخِنزيرُ من ذَوات القِيَم، فيَجِبُ عليه قِيمتُه.

وإن كانَ الشَّفيعُ مسلمًا وذِمِّيًا[1] أخَذ كُلُّ واحِدٍ منهما النِّصفَ بما ذَكَرنا من قِيمة الخَمرِ أو مِثلِها.

ولو أسلَم الذِّمِّيُّ صار حُكمُه حُكمَ المسلمِ من الابتِداء، فيَأخُذُها بالقِيمة.

والْمُستأمَنُ كالذِّمِّيِّ في جَميع ذلك.

(و) أخَذ (**بقِيمتهما**) أي بقِيمة الخَمرِ وقِيمةِ الخِنزيرِ (**لو**) كان الشَّفيعُ (**مُسلِمًا**) لأنه لا يَقدِرُ على تَسليم الْمِثلِ؛ لكَونه مَمنوعًا من تَمليكهما وتَملُّكِهما، فيَجِبُ عليه قِيمتُهما، كما في ضَمان العُدوانِ.

(و) أخَذها (**بالثَّمَن وقِيمةِ البِناءِ والغَرْسِ لو بَنى الْمُشتَري**) على الأرض الْمَشفوعةِ (**أو غَرَس**) فيها (**أو كَلَّف**) الشَّفيعُ ....

---

(1) في (أ): أو ذميًا.

الْمُشترِيَ قَلْعَهما، فإن فَعَلَهُما الشَّفيعُ، فاستُحِقَّت: ....

(الْمُشترِيَ قَلْعَهما) أي قَلْعَ البِناءِ والغَرْسِ، ويأخُذُ الأرضَ فارِغةً.

وعن أبي يوسفَ: أنه لا يُكلِّفُه بالقَلع، ولكنه بالخِيار إن شاء أَخَذها بالثَّمَن وقِيمةِ البِناءِ والغَرْسِ، وإن شاء تَرَك، وبه قال مالِكٌ والشّافعيُّ في قولٍ، وعن الشّافعيِّ وأحمدَ: ليس له قَلْعُهما، بل يَأخُذُها بقِيمتهما فقط.

وجهُ الظّاهرِ: أن الْمُشترِيَ تَصرَّف في أرضٍ تَعلَّق بها حَقٌّ مُتأكِّدٌ للغَير من غَير تَسليطٍ من جِهَته، فيَنتقِضُ.

(فإن فَعَلَهُما[1]) أي البِناءَ والغَرْسَ (الشَّفيعُ، فاستُحِقَّت) الأرضُ بعدَ ذلك، فكَلَّف الْمُستحِقُّ الشَّفيعَ بالقَلع، فقَلَعهما ....

---

(١) كذا في (ب) و(د) و(ز) و«التبيين» ٥/ ٢٥١: فعلهما، وفي باقي النسخ: (قلعهما)، وقال في «التبيين» عن معنى ما أثبته: معناه: أن الشفيع لو أخذ الأرض بالشفعة، فبنى فيها، أو غرس، ثم استحقت، فكلف المستحقُّ الشفيع بالقلع، فقلع البناء والغرس: رجع الشفيع على المشتري بالثمن؛ لأنه تبين أن المشتري أخذ الثمن من الشفيع بغير حق؛ لأن الأرض لم تكن في ملكه، فيسترد منه الثمن، ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع إن كان أخذها منه، ولا على المشتري إن أخذها منه، معناه لا يرجع بما نقص بالقلع. انتهى.
ووردت في «تكملة البحر» ٨/ ١٥٥، ومتن «الغرر» ٢/ ٢١٢: (قلعهما)، وقال الشرنبلالي ٢/ ٢١٢ معلقًا عليه: أقول: الصواب (فعلهما) بالفاء فالعين فاللام؛ لمكان قوله: (فاستحقت)؛ لأنه إذا كان قَلعُه مقدَّمًا على الاستحقاق كان إتلافًا منه لا بأمر أحد.

رَجَع بالثَّمَن فَقط، وبكُلِّ الثَّمَنِ إن خَرِبت الدّارُ، أو جَفَّ الشَّجَرُ، .....

(رَجَع) الشَّفيعُ على الْمُشتَري (بالثَّمَن) لأنه تَبيَّن أن الْمُشترِيَ أخَذ الثَّمَنَ من الشَّفيع بغَير حقٍّ؛ لأن الأرضَ لم تكن في مِلكه، فيَستَرِدُّ منه الثَّمَنَ..

(فَقط) يَعني: لا يَرجِعُ بقِيمة البِناءِ والغَرْسِ، لا على البائِع إن كان أخَذها منه، ولا على الْمُشتَري إن أخَذها منه، مَعناه: لا يَرجِعُ بما نَقَص بالقَلع، وعن أبي يوسفَ: أنه يَرجِعُ به؛ لأنه مُتملِّكٌ عليه، فكان كالْمُشتَري.

وجهُ الظّاهرِ: وهو الفرقُ بينَه وبينَ الْمُشتَري أن الْمُشترِيَ مَغرورٌ من جِهة البائعِ، ومُسلَّطٌ عليه من جِهَته، ولا غُرورَ ولا تَسليطَ للشَّفيع من جِهة الْمُشتَري؛ لأن الشَّفيعَ أخذَها منه جَبرًا.

(و) أخَذها الشَّفيعُ (بكُلِّ الثَّمَنِ إن خَرِبت الدّارُ) بعدَ شِراءِ الْمُشتَري من غَير صُنعِ أحَدٍ (أو جَفَّ الشَّجَرُ) كذلك؛ لأنهما تابِعان للأرض، حتى يَدخُلان في البَيع من غَير ذِكرٍ، فلا يُقابِلُهما شيءٌ من الثَّمَن، ولهذا يَبيعُهما في هذه الصُّورةِ مُرابَحةً بلا بَيانٍ، بخِلاف ما لو تَلِف بعضُ الأرضِ بغَرَقٍ؛ حيث يَسقُطُ من الثَّمَن بحِصَّته؛ لأن الفائِتَ بعضُ الأصلِ.

هذا إذا انهَدَم البِناءُ ولَم يَبقَ له نِقضٌ، ولا من الشَّجَر شيءٌ من حَطَبٍ أو خَشَبٍ، وأما إذا بَقِي شيءٌ من ذلك: فلا بُدَّ من سُقوط بعضِ الثَّمَنِ، فيُقسَمُ الثَّمَنُ على قِيمة الدّارِ يومَ العَقدِ، وعلى قِيمة النَّقضِ يومَ الأخذِ.

وبحِصّة العَرْصةِ إن نَقَض الْمُشتَري البِناءَ، والنِّقضُ له، وبثَمَرها إن ابتاع أرضًا ونَخلًا وثَمَرًا، أو أثمَر في يَده، وإن جَذَّه الْمُشتَري: ....

(و) أخَذها (بحِصّة العَرْصةِ إن نَقَض الْمُشتَري البِناءَ) لأنه صار مَقصودًا بالإتلاف، والتَّبَعُ إذا صار مَقصودًا به يُقابِلُه شيءٌ من الثَّمَن، بخِلاف الأوَّلِ؛ لأن الهَلاكَ فيه بآفةٍ سَماويّةٍ، فإذا كان له حِصّةٌ من الثَّمَن يُقسَمُ الثَّمَنُ على قِيمة الأرضِ والبِناءِ يومَ العَقدِ عليهما، بخِلاف الْمَسألةِ الأُولى، وهو ما إذا انهَدَم بنَفسه، وكان النِّقضُ باقِيًا؛ حيث يُعتبَرُ فيها قِيمةُ النِّقضِ يومَ الأخذِ بالشُّفعة؛ لأنه صار له قِيمةٌ بالحَبس، ونَقضُ الأجنَبيِّ البِناءَ كنَقضِ الْمُشتَري.

(والنِّقضُ) بكَسر النُّون، بمَعنى الْمَنقوضِ، كالنِّكث بمَعنى الْمَنكوثِ، وجاء: النَّقَض بفَتحتَين (له) أي للمُشتَري؛ لأن الشَّفيعَ إنما يَأخُذه بطَريق التَّبَعيّةِ للعَرْصةِ، وقد زالَت بالانفِصال.

(و) أخَذها الشَّفيعُ (بثَمَرها إن ابتاع) أي إن اشتَرى الْمُشتَري (أرضًا ونَخلًا وثَمَرًا[1]) بأن شَرَطه في البَيع (أو[2]) اشتَرى أرضًا، ثم (أثمَر) النَّخلُ (في يَده) أي في يَد الْمُشتَري بعدَ الشِّراءِ؛ لأنه بالاتِّصال خِلقةً صار تَبَعًا من وجهٍ.

(وإن جَذَّه) بالذّال الْمُعجَمةِ الْمُشدَّدةِ، أي وإن قَطَع (الْمُشتَري) الثَّمَرَ

---

(١) في (أ) و(ج) و(د): وتمرًا.
(٢) في (ب) و(د): و.

سَقَطت حِصّتُه من الثَّمَن.

فيما إذا اشتَراها بالثَّمَر بالشَّرط (سَقَطت حِصّتُه) أي حِصّةُ الثَّمَر[1] (من الثَّمَن) لأنه لما دَخَل بالتَّسمِية صار أصلًا، وكذلك إذا هَلَك بآفةٍ سَماويةٍ.

وأما في الفَصل الثّاني[2]: فيَأخُذُ الأرضَ والنَّخلَ بجَميع الثَّمَنِ؛ لأن الثَّمَرَ لم يكن مَوجودًا عندَ العَقدِ، فلا يَدخُلُ عندَ الأخذِ في المَبيع[3] إلا تَبَعًا، فلا يُقابِلُه شيءٌ من الثَّمَن، وكان أبو يوسفَ يَقولُ أوّلًا: يُحَطُّ عَنه من الثَّمَن في الفَصل الثّاني أيضًا، ثم رَجَع إلى ما ذُكِر في الكِتاب.

(١) في (ب) و(د): الثمن.
(٢) أي وهو ما إذا أثمر في يده. شلبي ٥/ ٢٥٢.
(٣) في (أ): البيع. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٥٢.

﴿ باب ما تَجِبُ فيه الشُّفعةُ وما لا تَجِبُ ﴾

إنما تَجِبُ الشُّفعةُ في: عَقارٍ، مُلِك بعِوَضٍ هو مالٌ.
لا في عَرْضٍ، وفُلْكٍ، ....

هذا (باب) في بَيان أحكامِ
(ما تَجِبُ فيه الشُّفعةُ وما لا تَجِبُ)

(إنما تَجِبُ الشُّفعةُ في عَقارٍ) سواءٌ كان مما يُقسَمُ أو مما لا يُقسَمُ، وقال الشّافعيُّ: لا تَجِبُ فيمَا لا يُقسَمُ، كالبِئر، والرَّحى، والحَمّامِ، والنَّهرِ، والطَّريقِ.

والأصلُ فيه: أنها عندَه لدَفع ضرَرِ القِسمةِ، فلا يَتحقَّقُ إلا فيما يُقسَمُ، وعندَنا: لدَفع ضرَرِ الجِوارِ على الدَّوام، ولا اختِصاصَ لذلك بالْمَقسوم دونَ غيرِه.

وقولُه: (مُلِك) على صِيغة الْمَجهولِ: صِفةٌ لقَوله: عَقارٍ، واحتَرَز بقَوله: (بعِوَضٍ) عما إذا مُلِك بالهِبة؛ فإن الشُّفعةَ لا تَجِبُ فيها، وبقَوله: (هو مالٌ) عما إذا مُلِك بعِوَضٍ غيرِ مالٍ، كالْمَهر، والخُلعِ، والصُّلحِ عن دَم العَمدِ، والعَتقِ، ونحوِ ذلك؛ فإن الشُّفعةَ لا تَجِبُ في هذه الأشياءِ.

(لا) تَجِبُ الشُّفعةُ (في عَرْضٍ وفُلْكٍ) أي سَفينةٍ، وقال مالِكٌ: تَجِبُ في السَّفينة؛ لأنها تُسكَنُ، كالعَقار، وعن أحمدَ ومالِكٍ في رِوايةٍ: تَجِبُ في مَنقولٍ، ولنا: ما رُوِي أنه عَلَيْهِٱلصَّلَاةُوَٱلسَّلَامُ قال: ....

وبِناءٍ ونَخلٍ بِيعا بلا عَرْصةٍ، ودارٍ جُعِلت مَهرًا، أو أُجرةً، أو بَدَلَ خُلعٍ، أو بدَلَ صُلحٍ عن دَم العَمدِ، أو عِوَضَ عَتقٍ، ....

«لا شُفعةَ إلا في رَبْعٍ أو حائطٍ»[١].

(و) لا تَجِبُ أيضًا في (بِناءٍ ونَخلٍ بِيعا بلا عَرْصةٍ) لأنهما مَنقولان، وإن بِيعا مع الأرضِ تَجِبُ تَبَعًا لها، بخِلاف العُلْوِ؛ حيث يُستحَقُّ بالشُّفعة، ويُستحَقُّ به السُّفْلُ مُجاوَرةً، وذلك إن لم يكن طَريقُه طَريقَ السُّفْلِ، وإن كان طَريقُهما واحِدًا: يُستحَقُّ بالطَّريق الشُّفعةُ بالسُّفْل[٢]، على أنه خَليطٌ في الحُقوق، وهو الطَّريقُ؛ لأن حقَّ التَّعلِّي يَبقى على الدَّوام، وهو غيرُ مَنقولٍ، فتُستحَقُّ به الشُّفعةُ، كالعَقار، ولا كذلك البِناءُ والنَّخلُ، فلا تُستحَقُّ بهما الشُّفعةُ.

(و) لا تَجِبُ أيضًا في (دارٍ جُعِلت مَهرًا) بأن تَزوَّج عليها امرَأةً (أو) جُعِلت (أُجرةً) بأن استَأجَر حَمّامًا بدارٍ يَدفَعُها[٣] إليه عِوَضَ الأُجرةِ (أو) جُعِلت (بَدَلَ خُلعٍ) بأن خالَعها على دارٍ دَفَعها إليها[٤] (أو) جُعِلت (بدَلَ صُلحٍ عن دَم العَمدِ أو) جُعِلت (عِوَضَ عَتقٍ) بأن أعتَق عَبدَه على دارٍ.

(١) تقدم تخريجه.
(٢) كذا في الأصول، ولا توجد هذه الكلمة في نص «التبيين» ٥/ ٢٥٣، ومن قوله: (ويستحق به) إلى هنا مثبت من (ه) و(ح) فقط.
(٣) في (هـ): فدفعها.
(٤) في (ز) و(ح): دفعتها إليه. وانظر «مجمع الأنهر» ٢/ ٤٨١.

أو وُهِبت بلا عِوَضٍ مَشروطٍ، أو بِيعَت بخِيار البائعِ، أو بِيعت فاسِدًا، ما لم يَسقُط حقُّ الفسخِ بالبِناء، ....

وعند الشّافعيّ: تَجِبُ فيها الشُّفعةُ؛ لأن هذه الأعواضَ مُتقوَّمةٌ عندَه، وعندَنا: لا؛ لأن الْمُستحَقَّ بهذه العُقودِ ليس بمالٍ، غيرَ أن الشّارِعَ جَعَلها مَضمونةً بالمال، إما لخَطَرها أو للضَّرورة، فلا تتعدّى مَوضِعُها، ولا ضَرورةَ في حقِّ ثُبوتِ الشُّفعةِ، فلا تكونُ مُتقوِّمةً في حقِّه.

(أو وُهِبت) الدّارُ (بلا عِوَضٍ مَشروطٍ) في العَقد، ولو شُرِط تَجِبُ الشُّفعةُ؛ لأنها بيعٌ انتِهاءً، وأما إذا وَهَب له هِبةً، ثم عَوَّض عنها بغَير شرطٍ: لا تَجِبُ عندَنا، خِلافًا لمالِكٍ (أو بِيعَت) الدّارُ (بخِيار البائعِ) لأن خِيارَه لا يُخرِجُها عن مِلكه (أو بِيعت) الدّارُ بيعًا (فاسِدًا) لأنه مُستحَقُّ الفَسخ (ما لم يَسقُط حقُّ الفسخِ بالبِناء) أي ببِناء الْمُشتَري فيها؛ لأن حقَّ البائعِ يَنقطِعُ به عندَ أبي حنيفةَ.

وعندَهما: لا يَنقطِعُ، فلا تَجِبُ فيها الشُّفعةُ، وتُستَرَدُّ، ويُنقَضُ ما بَناه الْمُشتَري؛ لأن حقَّ البائعِ في الاستِرداد آكَدُ من حقِّ الشَّفيعِ، وحَقُّه لا يَبطُلُ، وله نَقضُ[1] البِناءِ، فالبائعُ أولى.

وله: أن حقَّ الاستِردادِ في البَيع الفاسِدِ حقُّ الشّارعِ، والبِناءُ حقُّ الْمُشتَري، وحقُّه مُقدَّمٌ لحاجَته، والْمُشتَري بَنى بتَسليط البائعِ، فلا يَكونُ له نَقضُه.

(١) في (ب) و(هـ): ولو نقض.

أو قُسِمت بينَ الشُّرَكاءِ، أو سُلِّمت شُفعتُه ثم رُدَّت بخِيار رُؤيةٍ أو شَرطٍ أو عَيبٍ بقَضاءٍ، وتَجِبُ لو رُدَّت بلا قَضاءٍ، أو تَقايَلا.

(أو قُسِمت) الدّارُ (بينَ الشُّرَكاءِ) لا يَجِبُ أيضًا لجارِهم بالقِسمة بينهم؛ لأن القِسمةَ فيها مَعنى الإفرازِ، ولهذا يَجري فيها الجَبرُ، والشُّفعةُ لم تُشرَع إلا في الْمُبادَلة الْمُطلَقةِ، وهي الْمُبادَلةُ من كلِّ وجهٍ..

(أو سُلِّمت شُفعتُه) أي سَلَّم الشَّفيعُ الشُّفعةَ (ثم رُدَّت) الدّارُ إلى البائع (بخِيار رُؤيةٍ أو) بخِيار (شَرطٍ) كيفما كان (أو) رُدَّت بخِيار (عَيبٍ بقَضاء) قاضٍ: لا تَجِبُ الشُّفعةُ أيضًا؛ لأنه فَسخٌ من كلِّ وجهٍ، فلا يُمكِنُ أن يُجعَلَ عَقدًا جَديدًا، فعاد إلى قَديم مِلكِ البائع.

ولا فرقَ في ذلك بين أن يَكونَ الفسخُ قبلَ القَبضِ أو بعدَه.

(وتَجِبُ) الشُّفعةُ (لو رُدَّت) الدّارُ بخِيار عَيبٍ (بلا قَضاء) قاضٍ (أو تَقايَلا) البيعَ؛ لأنه فَسخٌ في حقِّهما؛ لوَلايتهما على أنفُسهما، وإنه بَيعٌ جَديدٌ في حقِّ ثالِثٍ؛ لوُجود حدِّ البيعِ، وهو مُبادَلةُ المالِ بالمالِ بالتَّراضي، والشَّفيعُ ثالِثٌ، وعندَهما: لا تَجِبُ؛ لأن شُفعتَه بَطَلت بالتَّسليم، والرَّدُّ بالعَيب بغَير قَضاءٍ إقالةٌ، والإقالةُ فسخٌ؛ لقَصدهما ذلك، والعِبرةُ لقَصد الْمُتبايِعَين، والله أعلمُ.

﴿ باب ما تَبطُلُ به الشُّفعةُ ﴾

وتبطُلُ بـ: تَرك طلَبِ الْمُواثَبةِ أو التَّقريرِ، وبالصُّلحِ من الشُّفعة على عِوَضٍ، وعليه رَدُّه، وبمَوت الشَّفيعِ لا الْمُشتَري، وببَيع ما يُشفَعُ به قبلَ القَضاءِ بالشُّفعة.

هذا (باب) في بَيان أحكامِ (ما تَبطُلُ به الشُّفعةُ)

(وتَبطُلُ) الشُّفعةُ (بتَرك طلَبِ الْمُواثَبةِ أو) بتَرك طلَبِ (التَّقريرِ) حينَ عَلِم مع القُدرةِ، بأن لم يَسُدَّ أحدٌ فَمَه، أو لم يكن في الصَّلاة؛ لأنها تَبطُلُ بالإعراض، وتركُ الطَّلَبَين أو أحَدِهما مع القُدرةِ عليه دَليلُ الإعراضِ.

(و) تَبطُل أيضًا (بالصُّلحِ) أي بصُلح الْمُشتَري الشَّفيعَ (من الشُّفعة على عِوَضٍ) لأنه أخَذ الاعتِياضَ عن حقٍّ ليس بمالٍ، فسَقَط حقُّه (وعليه) أي على الشَّفيع (رَدُّه) أي رَدُّ العِوَضِ؛ لأنه رِشوةٌ.

(و) تَبطُلُ أيضًا (بمَوت الشَّفيعِ) قبلَ الأخذِ بعدَ الطَّلَبِ أو قبلَه، فلا تُورَثُ عنه، وقال الشّافعيُّ: لا تَبطُلُ؛ لأنها حقُّه، والوارِثُ يَخلُفُه في حُقوقه، ولنا: أن حقَّ الشُّفعةِ حقُّ التَّملُّكِ، وهو حقٌّ قائِمٌ بالشَّفيع، فلا يَبقى بعدَ موتِه (لا) تَبطُلُ بمَوت (الْمُشتَري) لوُجود الْمُستحِقِّ.

(و) تَبطُلُ أيضًا (ببَيعِ) الشَّفيعِ (ما يُشفَعُ به) وهو الدّارُ التي يَشفَعُ بها (قبلَ القَضاءِ) أي قبلَ حُكمِ الحاكِمِ (بالشُّفعة) لزَوال سبَبِ الاستِحقاقِ، ولا فرقَ بين أن يَكونَ عالِمًا وقتَ بيعِ دارِه بشِراء الْمَشفوعةِ أو لم يَكن عالِمًا؛ لأنه لا يَختلِفُ في الحالَين، فصار كالتَّسليم الصَّريحِ، فإنه

ولا شُفعةَ لمن باع أو بِيع له، أو ضَمِن الدَّرَكَ عن البائِع.
ومَن ابتاعَ أو ابتِيعَ له: فله الشُّفعةُ.

لا يَختلِفُ بينَ أن يَعلَمَ بيعَها أو لم يَعلَم، وكذا إبراءُ الغَريم؛ لأن ذلك إسقاطٌ، فلا يَتوقَّفُ على العِلم، كالطَّلاق والعَتاقِ، ولا تَبطُلُ إن كان بالخِيار؛ لبَقاء السَّبَب.

(ولا شُفعةَ لمن باع) أي للذي باع بالوَكالة، بأن كان الشَّفيعُ وَكيلًا لبائِع الدّارِ المَشفوعةِ؛ لأنه مُوكَّلٌ بإتمام البَيعِ، وفي أخذه بالشُّفعة نَقضُ ما وُكِّل بإتمامه، وعندَ الثَّلاثةِ: تَجِبُ له الشُّفعةُ (أو بِيع له) أي أو لمن بِيع له، والضَّميرُ في: (له) يَرجِعُ إلى (مَن)، يَعني: بِيع العَقارُ لأجله، بأن كان البائِعُ مُضارِبًا، فباع الدّارَ: ليس لرَبِّ المالِ الشُّفعةُ فيها؛ لأن البَيعَ له، وكذا إذا كان عبدًا مَأذونًا له في التِّجارة، فباع الدّارَ: ليس للمَولى الشُّفعةُ فيها؛ لما ذَكَرنا..

(أو ضَمِن) الشَّفيعُ (الدَّرَكَ) وهو تَبِعةُ الاستِحقاقِ (عن البائِع) لا تَجِبُ له الشُّفعةُ؛ لأنه بضَمانه له الدَّرَكَ ضَمِن له أن يُحصِّلَ[1] له الدّارَ، وذلك لا يَكونُ إلا بتَركه الشُّفعةَ، وفي أخذه بها إبطالُ ذلك، وعندَ الثَّلاثةِ: تَجِبُ.

(ومَن ابتاعَ) أي اشتَرى (أو ابتِيعَ له) أي أو اشتُرِي لأجْله، والضَّميرُ فيه يَرجِع إلى (مَن) (فله الشُّفعةُ) أما إذا اشتَرى بطَريق الوَكالةِ وهو الشَّفيعُ:

(١) في (هـ): يجعل.

وإن قِيل للشَّفيع: إنها بِيعت بألفٍ، فسَلَّم، ثم عَلِم أنها بِيعت بأقلَّ، أو ببُرٍّ أو شَعيرٍ قِيمتُه ألفٌ أو أكثرُ: فله الشُّفعةُ.

فله الشُّفعةُ؛ لأنه ليس فيه إبطالُ شِرائِه، بل فيه تَقريرٌ من جِهَته؛ لأن الأخذَ بالشُّفعة مِثلُ الأخذِ بالشِّراء.

وأما إذا اشتُرِي له: فكذلك، كالْمُضارِب إذا اشتَرى العَقارَ من مال الْمُضارَبةِ ورَبُّ المالِ شَفيعُها: كان لربِّ المالِ الشُّفعةُ، وكذا العبدُ الْمَأذونُ إذا اشتَرى فللمَولى الشُّفعةُ إذا كان على العَبد دَينٌ، وإن لم يكن عليه دَينٌ فلا فائِدةَ بالأخذ؛ لأنه مَلَكه ولم يَتعلَّق به حَقُّ غيرِه.

(وإن قِيل للشَّفيع: إنها) أي الدّارَ (بِيعت بألف) دِرهَمٍ (فسَلَّم) شُفْعَتَها[1] لأَجْل الاستِكثارِ (ثم عَلِم أنها) أي الدّارَ (بِيعت بأقلَّ) من الألف (أو) عَلِم أن الدّارَ بِيعت (ببُرٍّ أو شَعيرٍ قِيمتُه ألف) دِرهَمٍ (أو أكثرُ) من الألف (فله الشُّفعةُ) لأن التَّسليمَ لم يُصادَف على الوَجه الْمُستحَقِّ؛ لأنه كان للاستِكثار أو لتَعذُّر الجِنسِ، فلم يَصِحَّ.

وهكذا الحُكمُ في كلِّ مَوزونٍ، أو مَكيلٍ، أو عَدَديٍّ مُتَقارِبٍ..

بخِلاف ما إذا عَلِم أنها بِيعت بعَرْضٍ قِيمتُه ألفٌ أو أكثرُ؛ لأن الواجِبَ فيه القِيمةُ، وهي دَراهِمُ أو دَنانيرُ، فلا يَظهَرُ فيه التَّيسُّرُ[2].

---

(١) في سوى (أ) و(د): شفيعها.

(٢) في (ج): التيسير.

ولو بان أنها بِيعت بدَنانيرَ قِيمتُها ألفٌ: فلا شُفعةَ.

وإن قِيل له: إن الْمُشترِيَ فُلانٌ، فسَلَّم، فبان أنه غيرُه: فله الشُّفعةُ.

وإن باعَها إلا ذِراعًا في جانِب الشَّفيعِ: فلا شُفعةَ له.

وإن ابتاع منها سَهمًا بثَمَنٍ، ثم ابتاع بَقِيّتَها: فالشُّفعةُ ....

(ولو بان) أي ظَهَر (أنها) أي الدّارَ (بِيعت بدَنانيرَ قِيمتُها ألفٌ: فلا شُفعةَ) لأنهما جِنسٌ واحِدٌ في الثَّمَنيّة، وقال زفرُ والثَّلاثةُ: هو على شُفعته؛ لأنهما جِنسان حَقيقةً.

(وإن قِيل له) أي للشَّفيع (إن الْمُشترِيَ فُلانٌ، فسَلَّم) شُفعتَه، إما إكرامًا له، أو خَوفًا من شرِّه (فبان) أي ظَهَر (أنه غيرُه: فله الشُّفعةُ) لما ذَكَرنا، ولو ظَهَر أن الْمُشترِيَ هو مع غيرِه: كان له أن يَأخُذَ نَصيبَ غيرِه؛ لأن التَّسليمَ لم يُوجَد في حقِّه، ولو بَلَغه شِراءُ النِّصفِ، فسَلَّم، ثم بَلَغه شِراءُ الكُلِّ: فله الشُّفعةُ في الكلّ.

(وإن باعَها) أي وإن باع رجلٌ دارَه (إلا ذِراعًا) استَثناه[1] (في جانِب الشَّفيعِ: فلا شُفعةَ له) لأن الاستِحقاقَ بالجِوار، ولم يُوجَد الاتِّصالُ بالْمبَيع[2]، وكذا لو وَهَب هذا القَدْرَ للمُشتَري؛ لعَدَم الالتِزاقِ[3]، وهذه حِيلةٌ لإسقاط الشُّفعةِ.

(وإن ابتاع) أي وإن اشتَرى (منها) أي من الدّار (سَهمًا بثَمَنٍ) مُعيَّنٍ. (ثم ابتاع) أي اشتَرى (بَقِيّتَها) أي بَقِيّةَ الدّارِ (فالشُّفعةُ) تَثبُتُ ....

(١) في (ج): مستثناة. (٢) في (أ) و(هـ): بالبيع. (٣) في (ج): الالتزام.

للجار في السَّهم الأوَّلِ فقط.

(للجار في السَّهم الأوَّلِ فقط) لأن الشَّفيعَ جارٌ، والْمُشتَري شَريكٌ في الباقِي، فيُقدَّمُ عليه.

ولو أرادَ الحِيلةَ: اشتَرى السَّهمَ الأوَّلَ بجَميع الثَّمَنِ إلا دِرهَمًا، والباقِي بدِرهَمٍ، فلا يَرغَبُ الجارُ في أخذ السَّهمِ الأوَّلِ لكَثرة الثَّمَنِ، لا سِيَّما إذا كانَ السَّهمُ الأوَّلُ جُزءًا قَليلًا، كالعُشر مثلًا، أو أقلَّ[1].

---

(1) قال في «شرح الطحاوي»: وهو أن يبيع أولًا من الدار ومن الكرم عُشرها مُشاعًا بأكثر الثمن، ثم يبيع تسعة أعشارها ببقية الثمن، حتى إن الشفيع لا يثبت له حق الشفعة إلا في عشرها بثَمَنه، ولا يثبت له الشفعة في تسعة الأعشار؛ لأن المشتري حين اشترى تسعة أعشارها كان شريكًا فيها بالعشر.

وهذه الحيلة إنما تكون للجار أو للخليط؛ لأن الشريك أولى منهما، ولا يحتال بها للشريك؛ لأن الشفيع إذا كان شريكًا كان له أن يأخذ نصف تسعة الأعشار أيضًا بقليل الثمن.

وإن كانت الدار للصغير فإن بيع العشر منها بكثير الثمن جائز، وبيع تسعة الأعشار بقليل الثمن لا يجوز؛ لأن بيع مال الصغير بأقل من قيمته قَدْرَ ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز، فيكون في هذه الحيلة مضرةٌ للمشتري، وهو أن يلزمه العشر، ولا يجوز في تسعة الأعشار.

وقد يجوز أن يحتال بهذه الحيلة في دار الصغير وهو أن يبيع من داره جزءًا من مائة جزء، أو يبيع جزءًا من ألف جزء بثمن أكثر من قيمته، ثم يبيع بقية الدار بمثل ثمنه، فإنه يثبت له الشفعة في الجزء الأول خاصة، وهذه الحيلة للجار والخليط، فأما إذا كان الشفيع شريكًا: فإنه يأخذ نصف البقية بنصف ثمنها. اهـ «غاية»، وكتب ما نصه: وهذه حيلة ترجع إلى تقليل رغبة الشفيع، والأولى إلى الإبطال؛ لأن في الأولى ليس للجار أن يأخذ؛ لأن مقدار ذراع في طول حد الشفيع لم يبع. اهـ إتقاني. شلبي ٥/ ٢٦٠.

وإن ابتاعَها بثَمَنٍ، ثم دَفَع ثوبًا عنه، فالشُّفعةُ بالثَّمَن لا بالثَّوب.
ولا تُكرَهُ الحِيلةُ لإسقاط الشُّفعةِ والزَّكاةِ.

(وإن ابتاعَها) أي وإن اشترى الدّارَ (بثَمَنٍ، ثم دَفَع) إلى البائع (ثوبًا عنه) أي عن الثَّمَن (فالشُّفعةُ) تَجِبُ للشَّفيع (بالثَّمَن لا بالثَّوب) لأن الثَّوبَ عِوَضٌ عما في ذِمَّة الْمُشتَري، فيَكونُ البائعُ مُشترِيًا للثَّوب بعَقدٍ آخَرَ غيرِ العَقدِ الأوَّلِ.

(ولا تُكرَهُ الحِيلةُ لإسقاط الشُّفعةِ و) إسقاطِ (الزَّكاةِ) عندَ أبي يوسفَ[1]، وعندَ محمدٍ: تُكرَهُ؛ لأنها وَجَبت لدَفع الضَّرَر، وهو واجِبٌ، وإلحاقُ الضَّرَر به حَرامٌ، وبه قال الشّافعيُّ.

ولأبي يوسفَ: أنه يَحتالُ لدَفع الضَّرَر عن نَفسه، والحِيلةُ لذلك مَشروعةٌ، وإن كان غيرُه يَتضرَّرُ في ضِمنه[2]، وهو رِوايةٌ عن أبي حنيفةَ.

---

(١) اعلم أن المعتمد والمفتى به في مذهبنا عدم جواز الحيلة في إسقاط الزكاة وحرمة ذلك، وما نسب للإمام أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ ينبغي أن يفهم مع عموم تقريراته في هذه المواضع، فمن ذلك ما ذكره في كتابه «الخراج» ص٨٠، حيث قال: (لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر منعُ الصدقة، ولا إخراجُها من ملكه إلى مِلك جماعة غيره ليفرقها بذلك؛ فتبطل الصدقة عنها.. بأن يصير لكل واحد منهم من الإبل والبقر والغنم ما لا يجب فيه الصدقة. ولا يحتال في إبطال الصدقة بوجه ولا سبب).
فانظر كيف جعل الحيلة من مضادات الإيمان بالله واليوم الآخر، أفيعقل بعد هذا أن ينسب له تجويز الحيلة؟

(٢) قال الخصاف في أول كتاب «الحيل»: لا بأس بالحيل فيما يحل ويجوز، وإنما الحيلة شيء يتخلص به الرجل من الحرام، ويخرج به إلى الحلال، فما كان من هذا ونحوه: فلا بأس به، وإنما يكره من ذلك أن يحتال الرجل في حقٍّ لرجل حتى يبطله، أو يحتال =

وأخذُ حظِّ البعضِ بتَعدُّد الْمُشتَري، لا بتَعدُّد البائعِ.

ثم قِيل: هذا الاختِلافُ بينَهما قبلَ الوُجوبِ، وأما بعدَه: فمَكروهٌ بالإجماع، وقِيل: لا تُكرَهُ الحِيلةُ لِمَنع وُجوبِ الشُّفعةِ بالإجماع، وإنما الخِلافُ في فَصل الزَّكاةِ، والْمُختارُ عِندي أن لا تُكرَه في الشُّفعةِ دونَ الزَّكاةِ.

(وأخذُ حظِّ البعضِ) يَتعدَّدُ (بتَعدُّد الْمُشتَري لا) يَتعدَّدُ (بتَعدُّد البائعِ) صورتُه: أن الْمُشترِيَ إذا تَعدَّد، بأن اشتَرى جَماعةٌ عَقارًا والبائعُ واحِدٌ: يَتعدَّدُ الأخذُ بالشُّفعة بتَعدُّدهم، حتى كان للشَّفيع أن يَأخُذَ نَصيبَ بَعضِهم ويَترُكَ الباقِيَ، وإن تَعدَّد البائِعُ، بأن باع جَماعةٌ عَقارًا مُشترَكًا بينَهم والْمُشتَري واحِدٌ: لا يَتعدَّدُ الأخذُ بالشُّفعة بتَعدُّدهم، حتى لا يَكونُ للشَّفيع أن يَأخُذَ نَصيبَ بعضِهم دونَ بعضٍ.

والفرقُ: أن في الوَجه الثاني[1] بأخذ البَعضِ تَتفرَّقُ الصَّفْقةُ على الْمُشتَري، فيَتضرَّرُ به زِيادةَ الضَّرَرِ، وفي الوَجه الأوَّلِ يَقومُ الشَّفيعُ مَقامَ أحَدِهم، فلا تَتفرَّقُ الصَّفْقةُ، ولا فرقَ في هذا بينَ ما إذا[2] كان قبلَ القَبضِ[3] أو بعدَه على الصَّحيح.

= في باطل حتى يموهه، أو يحتال في شيء حتى يدخل فيه شبهة. اهـ إتقاني. شلبي ٥/ ٢٦١.

(١) في سوى (أ) و(هـ): الأول. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٦١.

(٢) في (ب): والفرق في هذا ما إذا.

(٣) في (ب): قبل البعض. والقبض هنا المقصود به قبض المشتري الدار.

وإن اشترى نِصفَ دارٍ غيرَ مَقسومٍ: أَخَذ الشَّفيعُ حَظَّ الْمُشتَري بقِسمته.
وللعَبد الْمَديونِ الأخذُ بالشُّفعة من سَيِّده، ....

(وإن اشتَرى) رجلٌ (نِصفَ دارٍ غيرَ مَقسومٍ) وقاسَم الْمُشتَري البائِعَ (أَخَذ الشَّفيعُ حَظَّ الْمُشتَري) أي نَصيبَه الذي حَصَل له (بقِسمته) وليس له أن يَنقُضَ القِسمةَ، سواءٌ كانَت بحُكمٍ أو بالتَّراضي؛ لأنها من تَمام القبضِ؛ لما فيه من تكميل الانتِفاعِ.

فإن قُلتَ: فيها مَعنى الْمُبادَلةِ[1]، والشَّفيعُ يَملِكُ نَقضَ تَصرُّفاتِه، فكذا نقضُ قِسمتِه.

قُلتُ: فيها إفرازٌ[2] من وجهٍ، ولهذا يَجري فيها الجَبرُ، ومُبادلةٌ[3] من وجهٍ، ولهذا تَجري فيها أحكامُ البيعِ من ردٍّ بعَيبٍ، أو خِيارِ رُؤيةٍ، فبالنَّظر إلى هذا يَملِكُ، وبالنَّظر إلى ذلك لا يَملِكُ، فلا يَملِكُ بالشَّكِّ.

ثم إذا لم يكن له نقضُ قِسمتِه كان له أن يَأخُذَ نَصيبَ الْمُشتَري في أيِّ جانِبٍ كان[4]، وعن أبي حنيفةَ: إنما يَأخُذُه إذا وَقَع في جانِب الدّارِ التي يُشفَعُ بها؛ لأنه لم يَبقَ جارًا فيما يَقَعُ في الجانِب الآخَرِ.

(وللعَبد الْمَديونِ[5] الأخذُ بالشُّفعة من سَيِّده) صورتُه: رَجُلٌ باع دارًا،

(١) في (ب): المناولة.
(٢) في (ب) و(د): إقرار. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٦٢.
(٣) في (ب): ومناولة.
(٤) في (ح): من أي جانب كان أو يترك.
(٥) في (د): وللعبد المأذون.

كعَكسه.

وصحَّ تَسليمُ الشُّفعةِ من الأب والوصيِّ والوَكيلِ.

وللبائِع عبدٌ مَأذونٌ له في التِّجارة، وعليه دَينٌ يُحيطُ بماله ورَقَبتِه، فللعَبد أن يَأخُذَ الدّارَ بالشُّفعة؛ لأنه كالأجنَبيِّ عنه حالَتَئِذٍ (كعَكسه) أي كعَكس الحُكمِ الْمَذكورِ، وهو ما إذا كان العبدُ هو البائعَ، فلمَولاه الشُّفعةُ؛ لما ذَكَرنا..

بخِلاف ما إذا لم يكن عليه دَينٌ والعَبدُ بائعٌ؛ لأن بَيعَه لِمَولاه، ولا شُفعةَ لمن بِيع له على ما مرّ، بخِلاف ما إذا اشترى؛ لأنه ابتِيع له، وقد مرَّ أن من ابتاع أو ابتِيع له: لا تَبطُلُ شُفعتُه[1].

(وصحَّ تَسليمُ الشُّفعةِ من الأب والوصيِّ والوَكيلِ) عندَهما، وقال محمدٌ: لا يَجوزُ، والصَّبيُّ على شُفعته إذا بَلَغ، والْمُوكِّلُ كذلك إذا بَلَغه الخبَرُ؛ لأنه حقٌّ ثابِتٌ لهما، فلا يَملِكان إبطالَه، وبه قال زفرُ.

ولهما: أن هذه في مَعنى الْمُبادَلةِ، وهما يَملِكانها، وعلى هذا الخِلافِ بُطلانُ الشُّفعةِ بسُكوت الأبِ والوصيِّ عندَ العِلمِ بالشِّراء، وهذا إذا بِيعت بمِثل قِيمتِها، وإن بِيعت بأكثرَ من قِيمتها مما لا يَتغابَن النّاسُ في مِثله.. قِيل: جاز التَّسليمُ بالإجماع؛ لأن النَّظَرَ مُتعيِّنٌ فيه، وقِيل: لا يجوزُ

(١) في (أ): أو ابتيع له يثبت شفعته، وفي (ب) و(د): تبطل شفعته، وفي (ج): أو ابتيع لم تبطل.

التَّسليمُ بالإجماع، وهو الأصحُّ؛ لأنه لا يَملِكُ الأخذَ، فلا يَملِكُ التَّسليمَ، كالأجنَبيّ.

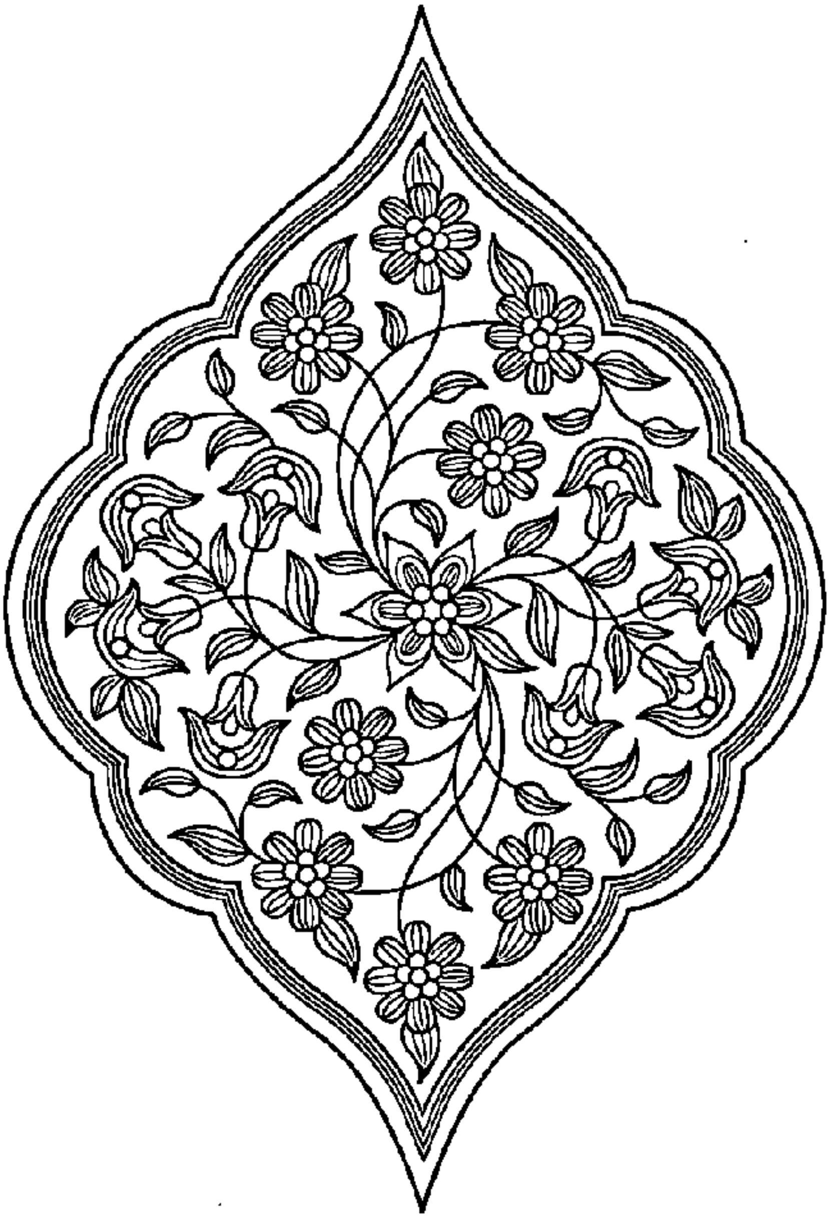
وإن بِيعت بأقلَّ من قِيمتها بمُحاباةٍ كَثيرةٍ.. فعن أبي حنيفةَ: لا يَصِحُّ تَسليمُ الأبِ والوصيِّ، ولا رِوايةَ عن أبي يوسفَ.

والمُرادُ بالوَكيل هنا: الوَكيلُ بطَلَب الشُّفعةِ، وأما الوَكيلُ بالشِّراء: فتَسليمُه الشُّفعةَ صَحيحٌ بالإجماع، وكذا سُكوتُه إعراضٌ بالإجماع.

ثم الوَكيلُ بالشُّفعة إنما يَصِحُّ تَسليمُه إذا كان في مَجلِس القاضِي عندَ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسفَ: يَصِحُّ في مَجلِس القاضِي وغيرِه، وعندَ محمدٍ وزفرَ: لا يَصِحُّ تَسليمُه أصلًا.

ولو أقرَّ هذا الوَكيلُ على مُوكِّله بأنه سَلَّم الشُّفعةَ: جازَ إقرارُه عليه عندَهما إذا كان في مَجلِس القاضِي، وإن كان في غَيره فلا يَجوزُ، إلا أنه يَخرُجُ من الخُصومة، وقال أبو يوسفَ: يَجوزُ مُطلَقًا، وقال زفرُ: لا يَجوزُ مُطلَقًا، وهي مَسألةُ إقرارِ الوَكيلِ بالخُصومة، ومَوضِعُها في كِتاب الوَكالةِ، والله أعلمُ.

كتاب القسمة



كتاب القِسمةِ

وهي: جمعُ نَصيبٍ شائعٍ في مُعيَّنٍ.

وتَشتمِلُ على الإفرازِ والْمُبادَلةِ، وهو الظّاهرُ في الْمِثليّ، فيَأخُذُ حَظَّه

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (القِسمةِ)

هي في اللُّغة: اسمٌ للاقتِسام، كالقُدْوة للاقتِداء، ومَعناها: رفعُ الشُّيوعِ، وقطعُ الشَّرْكةِ.

(و) في الشَّرع: (هي) أي القِسمةُ (جمعُ نَصيبٍ شائعٍ في) نَصيبٍ (مُعيَّنٍ).

وسبَبُها: طلَبُ الشُّرَكاءِ أو بعضِهم الانتِفاعَ بمِلكه على وَجه الخُصوصِ.

(وتَشتمِلُ) القِسمةُ (على) مَعنى (الإفرازِ) وهو التَّمييزُ (و) على مَعنى (الْمُبادَلةِ) وعندَ مالِكٍ: فيما اتَّحَد جِنسًا وصِفةً إفرازٌ، وفي غَيره مُبادَلةٌ، وعندَ الشّافعيّ وأحمدَ: إفرازٌ في الكلّ، وعن الشّافعيّ: بيعٌ في الكلّ.

(وهو) أي التَّمييزُ (الظّاهرُ في الْمِثليّ) أي فيما له مِثلٌ، كالْمَكيل، والْمَوزونِ، والعَدَديّ الْمُتقارِبِ، ثم أشار إلى ما تَفرَّع عليه بالفاء بقَوله:

(فيَأخُذُ) أي أحدُ الشَّريكَين (حَظَّه) أي نَصيبَه ....

حالَ غَيبةِ صاحِبِه، وهي في غَيره: فلا يَأخُذُ.

ويُجبَرُ في مُتَّحِد الجِنسِ عندَ طلَبِ أحدِ الشُّرَكاءِ، لا في غَيره.

ونُدِب نصبُ قاسِمٍ، رِزقُه من بَيت المالِ؛ ليَقسِمَ بلا أجرٍ، وإلا فيُنصَبُ قاسِمٌ يَقسِمُ بأجرٍ بعَدَد الرُّؤوسِ.

(حالَ غَيبةِ صاحِبِه) وهو الشَّريكُ الآخَرُ (وهي) أي الْمُبادَلةُ هي الظَّاهِرةُ (في غَيره) أي في غَير الْمِثليِّ، كالثِّياب، والعَقارِ، والحَيَوانِ، وإذا كان كذلك (فلا يَأخُذُ) أحدُ الشَّريكَين نَصيبَه حالَ غَيبةِ صاحِبِه؛ لأن كلَّ ما يَأخُذُه أحَدُهما عِوَضٌ عما في يَدِ صاحِبِه من نَصيبه، فلا يَكونُ إلا بحُضورهما، كالبَيع.

(ويُجبَرُ) الآبِي من الشُّرَكاء (في مُتَّحِد الجِنسِ) كالغَنَم، والثِّيابِ، والصُّوفِ[1]، مثلًا (عندَ طلَبِ أحدِ الشُّرَكاءِ) القِسمةَ (لا) يُجبَرُ (في غَيره) أي في غَير مُتَّحِد الجِنس، كالغَنَم مع الإبِل، والبُرِّ مع الشَّعير.

(ونُدِب) أي استُحِبَّ (نصبُ) رجلٍ (قاسِمٍ) يَكونُ (رِزقُه من بَيت المالِ) لأن مَنفَعتَه للعامّة، كالقُضاة، والْمُفتِين، والْمُقاتِلةِ، فتَكونُ كِفايتُه من بَيت المالِ؛ لأنه أُعِدَّ لِمَصالِحهم، كنَفَقة هؤلاء (ليَقسِمَ) بينَ النّاسِ (بلا) أخذ (أجرٍ) منهم؛ لكَونه أرفقَ بالنّاس، وأبعدَ من التُّهَمة.

(وإلا) أي وإن لم يَتيسَّر نصبُ قاسِمٍ[2] رِزقُه من بَيت المالِ (فيُنصَبُ قاسِمٌ يَقسِمُ) بين النّاسِ (بأجرٍ) يَأخُذُه منهم (بعَدَد الرُّؤوسِ) عند

---

(١) في (أ) و(ب): والثياب الصوف.

(٢) في (ج): نصب قاض.

وَيَجِبُ أن يَكونَ عَدْلًا، أمينًا، عالِمًا بالقِسمة.
ولا يَتعيَّنُ قاسِمٌ واحِدٌ، ولا يَشترِكُ القُسّامُ.

أبي حنيفةَ، وعندَهما: على قَدْر الأنصِباءِ، حتى إذا كانَت دارٌ بين ثَلاثةِ نَفَرٍ، لأحَدهم النِّصفُ، وللآخَر الثُّلُثُ، وللآخَر السُّدُسُ، وقَسَمها بينَهم بالأُجرة تكونُ أثلاثًا على كلِّ واحِدٍ ثُلُثٌ عندَه؛ لأن الأُجرةَ على قَدْر المُؤنةِ.

وقالا: على قَدْر المِلكِ أسداسًا، ثَلاثةُ أسهُم من سِتّةٍ على صاحِب النِّصفِ، وسَهمان من سِتّةٍ[1] على صاحِب الثُّلُث، وسَهمٌ على صاحِب السُّدُس، كأُجرة حَمْلِ حِنطةٍ مُشترَكةٍ بينَهم هكذا، وبه قال الشّافعيُّ وأحمدُ وأصبَغُ المالِكيُّ[2].

(وَيَجِبُ أن يَكونَ) القاسِمُ (عَدْلًا) لأنه من جِنس عمَلِ القُضاةِ (أمينًا) لأنه يُعتمَدُ على قَوله، فتُشترَطُ الأمانةُ؛ لتَطمئِنَّ القُلوبُ (عالِمًا بالقِسمة) لأن القُدرةَ على القِسمة تَعتمِدُ على العِلم بها.

(ولا يَتعيَّنُ) في القِسمة (قاسِمٌ واحِدٌ) لأنه يَتحكَّمُ بالزِّيادة على أجر مِثلِه، ولهذا لا يُجبِرُهم الحاكِمُ أن يَستأجِروه.

(ولا يَشترِكُ القُسّامُ) بضمِّ القافِ وتَشديدِ السِّينِ: جمعُ قاسِمٍ، أي

---

(١) في (أ): من تسعة.
(٢) أبو عبد الله، أصبغ بن الفرج بن سعيد، الفقيه النظار، من كبار فقهاء المالكية، قال ابن الماجشون: ما أخرجت مصر مثل أصبغ، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة (٢٢٥ هـ)، وانظر ترجمته في «ترتيب المدارك» ٤/ ١٧ .

ولا يُقسَمُ العَقارُ بينَ الوَرَثةِ بإقرارهم: حتى يُبرهِنوا على الْمَوت، وعَدَدِ الوَرَثةِ.

ويُقسَمُ في الْمَنقول، والعَقارِ الْمُشتَرى، ودَعوى الْمِلكِ.

يَمنَعُهم القاضِي من الاشتِراك؛ كيلا يَتضرَّرَ النّاسُ؛ لأن الأُجرةَ تَصيرُ بذلك غاليةً؛ لأنهم إذا اشتَرَكوا يَتواكَلون، وعندَ عدَمِ الشَّرْكةِ يَتبادَرون إليها خَشيةَ الفَوتِ، فيَرخُصُ الأجرُ بسَبَب ذلك.

(ولا يُقسَمُ العَقارُ بينَ الوَرَثةِ بإقرارهم حتى يُبرهِنوا) أي حتى يُقِيموا البَيِّنةَ **(على الْمَوت)** أي موتِ مُورِّثِهم **(و)** على **(عَدَد الوَرَثةِ)** عندَ أبي حنيفةَ؛ لأن هذا قَضاءٌ على الْمُورِّث بإقرارهم، وأنه لا يَجوزُ.

وقالا: يُقسَمُ باعتِرافهم، ويُذكَرُ في كِتاب القِسمةِ ذلك، يَعني: أنه قَسَمها بينَهم بقَولهم؛ ليَقتصِرَ الحُكمُ بالقِسمة عليهم، ولا يَتعدّى إلى شَريكٍ لهم آخَرَ، وبه قال أحمدُ والشّافعيُّ في قولٍ.

(ويُقسَمُ في الْمَنقول) الْمَوروثِ **(والعَقارِ الْمُشتَرى، و)** في **(دَعوى الْمِلكِ)** بقَولهم، وإن لم يَذكُروا كَيفيّةَ الانتِقالِ إليهم من غَير إقامةِ البَيِّنةِ..

أما في الْمَنقول: فلأن في قِسمته نَظَرًا لهم؛ لأنه يُخشى عليه التَّلَفُ، وفي القِسمة حِفظُه.

وأما في العَقار: فلأن من في يَده شيءٌ فالظاهرُ أنه له، وفي رِوايةٍ: لا يُقسَمُ حتى يُقِيموا البَيِّنةَ على الْمِلك؛ لجَواز أن يَكونَ في أيدِيهم، والْمِلكُ للغَير، والأوَّلُ أصحُّ.

ولو بَرْهَنا أن العَقارَ في أيدِيهما: لم يُقسَم حتى يُبَرهِنا أنه لهما.

وأما في دَعوى الْمِلكِ: فلأنه ليس في القِسمة قَضاءٌ على الغَير، فإنهم لم يُقِرُّوا بالْمِلك لغَيرهم، فيَكونُ مُقتصِرًا عليهم، فيَجوزُ.

(ولو بَرْهَنا) أي لو أقام رَجُلان بَيِّنةً (أن العَقارَ في أيدِيهما) وطَلَبا القِسمةَ (لم يُقسَم حتى يُبَرهِنا) أي حتى يُقِيما البَيِّنةَ (أنه) أي أن العَقارَ مِلكٌ (لهما) لاحتِمال أن يَكونَ لغَيرهما.

وهذه الْمَسألةُ بعَينها هي الْمَسألةُ السّابِقةُ، وهي قولُه: ودَعوى الْمِلك ...؛ لأنَ الْمُرادَ فيها هو أن يَدَّعوا الْمِلكَ، ولم يَذكُروا كيف انتَقَل إليهم، ولم يُشترَط فيها إقامةُ البَيِّنةِ على أنه مِلكُهم، وهو رِوايةُ القُدُوريِّ، وشَرَط ههنا، وهو رِوايةُ «الجامِعِ الصَّغيرِ»، فإن كان قصدُ الشَّيخِ تَعيينَ الرِّوايتَين فليس فيه ما يَدُلُّ على ذلك، وإلا فتَقَعُ الْمَسألةُ مُكرَّرةً يَتَحاشى عنه مِثلُ هذا الْمُختصَرِ(١).

---

(١) نقل شيخي زاده هذا القول في «مجمع الأنهر» ٢/ ٤٩٠ عن المصنف هنا، ولم يتعقبه كعادته، والظاهر موافقته له.
وقال العلامة ابن عابدين في «رد المحتار» ٦/ ٢٥٨: وأجاب المقدسي بحمل ما في «الجامع» على ما إذا ذَكَرا أنه بأيديهما فقط، وبرهنا عليه، فلا يكون من اختلاف الروايتين؛ لاختلاف الموضوع، فلا تكرار. اهـ، أقول: وهو الظاهر من قول «الهداية»: وفي «الجامع الصغير»: أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها في أيديهما: لم تقسم حتى يبرهنا أنها لهما؛ لاحتمال أن تكون لغيرهما، أي بوديعة أو بإجارة أو إعارة، كما قال الشارح، وهكذا قرره في «العزمية». فافهم.

ولو بَرْهَنا على الْمَوتِ وعدَدِ الوَرَثةِ، والدّارُ في أيدِيهم، ومعهم وارِثٌ غائِبٌ، أو صبيٌّ: قُسِم، ونُصِب وَكيلٌ أو وصيٌّ بقَبض نَصيبِه.

ولو كانُوا مُشترَين، وغاب أحَدُهم، أو كان العَقارُ في يَد الوارِثِ الغائب، أو حَضَر وارِثٌ واحِدٌ: لم يُقسَم.

(ولو بَرْهَنا) أي الاثنان أقاما بَيِّنةً (على الْمَوت) أي على مَوت الْمُورِّث (وعدَدِ الوَرَثةِ، و) الحالُ أن (الدّار في أيدِيهم) أي في أيدِي الوَرَثةِ (ومعهم) أي مع الوَرَثةِ (وارِثٌ غائِبٌ أو صبيٌّ) وفي بَعض النُّسَخ: (في أيدِيهما ومعَهما) (قُسِم) العَقارُ بينَهم (و) لكن (نُصِب وَكيلٌ أو وصيٌّ بقَبض[1] نَصيبِه) أي نَصيبِ الغائبِ أو نَصيبِ الصَّبيِّ، فالوَكيلُ للغائِب، والوصيُّ للصَّبيّ.

ولا بُدَّ من إقامة البَيِّنةِ عندَ أبي حنيفةَ، وعندَهما: يُقسَمُ بقَولهم على ما مرّ.

(ولو كانُوا) أي الشُّرَكاءُ في العَقار (مُشترَين، وغاب أحَدُهم، أو كان العَقارُ في يَد الوارِثِ الغائب[2]) في الْمَسألة السّابِقةِ (أو حَضَر وارِثٌ واحِدٌ) من الوَرَثة، وطَلَب القِسمةَ (لم يُقسَم)..

أما في الأوَّل: فلأن الْمِلكَ مِلكٌ مُبتدَأٌ، ولهذا لا يُرَدُّ بالعَيب على بائِع بائعِه، فلا يَصلُحُ الحاضِرُ خَصمًا عن الغائِب، بخِلاف الإرثِ؛ لأنه مِلكٌ

---

(١) في (أ): يقبض.

(٢) قوله: (الغائب) مثبت من (هـ) فقط.

وقُسِم بطَلَب أحَدِهم: لو انتَفَع كلٌّ بنَصيبه، وإن تَضرَّر الكلُّ: لم يُقسَم إلا بِرِضاهم، ....

خِلافةً، حتى يُرَدُّ بالعَيب فيما اشتَراه الْمُورِّثِ، ويُرَدُّ عليه فيما باعَه هو، ويَصيرُ هو مَغرورًا بشِراء المورِّث[1]، فانتَصَب أحَدُهما خَصمًا عن الميِّت فيما في يَده، والآخَرُ عن نَفسه، وصارَت القِسمةُ قَضاءً بحَضرة الْمُتخاصِمَين، وصحَّ القَضاءُ؛ لقِيام البَيِّنةِ على خَصمٍ حاضِرٍ، وفي الشِّراء قامَت على خَصمٍ غائِبٍ، فلا تُقبَلُ، ولا يُقضى عليه.

وأما في الثّاني: فلأنه لو قَسَم يَكونُ قَضاءً من غَير خَصمٍ، وأنه لا يَجوزُ، ولا فرقَ في هذه الصُّورةِ بين إقامةِ البَيِّنةِ وعدَمِ إقامتِها، هو الصَّحيحُ.

وأما في الثّالِث: فلأنه لا بُدَّ من حُضور خَصمَين؛ لأن الواحِدَ لا يَصلُحُ مُخاصِمًا ومُخاصَمًا، ومُقاسِمًا ومُقاسَمًا، وعندَ الثّلاثةِ: يَقسِمُ في الفُصول كلِّها، وهو رِوايةٌ عن أبي يوسفَ أيضًا.

(وقُسِم) العَقارُ (بطَلَب أحَدِهم) أي أحدِ الشُّرَكاءِ (لو انتَفَع كلٌّ) واحِدٍ منهم (بنَصيبه) بعدَ القِسمةِ؛ لأنها[2] حقٌّ لازِمٌ، فيُجابُ إليها..

(وإن تَضرَّر الكلُّ) أي كلُّ الشُّرَكاءِ بالقِسمة، كما في نَحو البِئرِ، والرَّحى، والحائِطِ، والحمّامِ (لم يُقسَم) حينَئذٍ (إلا بِرِضاهم) أي بِرِضا

(١) في سوى (أ): الوارث. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٦٨.

(٢) في (ب) و(هـ): لأنه.

وإن انتَفَع البعضُ وتَضرَّر البعضُ -لقِلّة حَظِّه-: قُسِم بطَلَب ذِي الكَثيرِ فقط.

وتُقسَمُ العُروضُ من جِنسٍ واحِدٍ.

ولا يُقسَمُ الجِنسانِ، والجَواهِرُ، ....

الكلُّ؛ لأن القِسمةَ لتكميل الْمَنفَعةِ، وفي هذا تَفويتُه، فيَعودُ على مَوضوعه بالنَّقض.

(وإن انتَفَع البعضُ) أي بعضُ الشُّرَكاءِ بالقِسمة (وتَضرَّر البعضُ لقِلّة حَظِّه) أي نَصيبِه (قُسِم بطَلَب ذِي الكَثيرِ) أي صاحِبِ الحظِّ الكَثيرِ (فقط) يَعني: لا يُقسَم بطَلَب صاحِبِ الحظِّ القَليلِ؛ لأن صاحِبَ الكَثرةِ يَنتفِعُ بالقِسمة، فيُعتبَرُ طلَبُه، وصاحِبُ القَليلِ لا مَنفَعةَ له، فلم يُعتبَر طلَبُه.

وقِيل: الحُكمُ على العَكس، وما ذَكَره في الْمَتن هو الصَّحيحُ.

وقال ابنُ أبِي لَيلى: لا يُقسَم في الوَجهَين، وهو رِوايةٌ عن مالِكٍ.

(وتُقسَمُ العُروضُ) إذا كانَت (من جِنسٍ واحِدٍ) لاتِّحاد المقاصِدِ، فيَحصُلُ التَّعديلُ في القِسمة.

(ولا يُقسَمُ الجِنسان) إلا بالتَّراضِي؛ لاختِلاف المقاصِدِ، فلا تَكونُ القِسمةُ تَمييزًا بل مُعاوَضةً، ولا بُدَّ فيها من التَّراضِي، وهذا بالإجماع.

(و) لا تُقسَمُ (الجَواهِرُ) أيضًا؛ جَبرًا لفُحش التَّفاوُتِ فيها، وقِيل: لا تُقسَمُ الكِبارُ منها، وتُقسَمُ الصِّغارُ؛ لقِلّة التَّفاوُتِ، وقِيل: إذا اختَلَف جِنسُها لا تُقسَمُ، وإن اتَّحَد تُقسَمُ، كسائِر الأجناسِ.

والرَّقيقُ، والحمّامُ، والبِئرُ، والرَّحى.. إلا برِضاهم.
دُورٌ مُشترَكةٌ، أو دارٌ وضَيعةٍ، أو دارٌ وحانوتٌ: قُسِم كلٌّ على حِدَةٍ.

(و) لا يُقسَمُ (الرَّقيقُ) أيضًا من غَير تَراضٍ عندَ أبي حنيفةَ، وعندَهما: يجوزُ؛ لاتِّحاد الجِنسِ؛ فصار كالإبِل، والخَيلِ، والغنَمِ، وبه قالَت الثَّلاثةُ، وله: أن قِسمةَ الرَّقيقِ متعذِّرةٌ لِمَعانيها الباطِنةِ، ولا وُقوفَ عليها، ولا يُمكِنُ التَّعديلُ، فلا يُقسَمُ إلا بتَراضٍ.

وهذا الخِلافُ فيما إذا كان الرَّقيقُ وحدَهم، وليس معهم شيءٌ آخَرُ من العُروض، وهم ذُكورٌ فقط، أو إناثٌ فقط، وأما إذا كانُوا مُختَلِطين بين الذُّكورِ والإناثِ: لا يُقسَمُ بالإجماع، وإن كان مع الرَّقيقِ شيءٌ آخَرُ مما يُقسَمُ جازَت القِسمةُ في الرَّقيق تبَعًا لغَيرهم بالإجماع.

(و) لا يُقسَمُ (الحمّامُ والبِئرُ والرَّحى إلا برِضاهم) أي برِضا الشُّرَكاءِ؛ لما فيه من إلحاق الضَّرَرِ بهم.

(دُورٌ مُشترَكةٌ) بين اثنَين أو أكثرَ (أو دارٌ وضَيعةٍ، أو دارٌ وحانوتٌ: قُسِم كلّ) واحِدةٍ من الدُّور، ومن الدّار والضَّيعةِ، ومن الدّار والحانُوتِ (على حِدَةٍ) ولا تُقسَمُ قِسمةً واحِدةٍ، أما الدُّورُ المُشترَكةُ: فالمَذكورُ قولُ أبي حنيفةَ، فإنه إذا كان لرَجُلَين دُورٌ أو داران في مِصرٍ واحِدٍ، وطَلَبا من القاضِي قِسمتَها: فإنه يَقسِمُ كلَّ دارٍ على حِدَةٍ، ولا يَقسِمُها قِسمةً واحِدةً إلا بتَراضِيهما.

وَيُصَوِّرُ القاسِمُ ما يَقسِمُه، ويُعدِّلُه، ويَذرَعُه، ويُقوِّمُ البِناءَ، ويُفرِزُ كلَّ نَصيبٍ بطَريقه وشِربِه.

ويُلقِّبُ الأنصِباءَ بالأوَّل والثاني والثالثِ، ويَكتُبُ أسماءَهم، ....

وقالا: إن رَأى القِسمةَ أصلَحَ يَقسِمُ بعضَها في بعضٍ؛ لأنها من جِنسٍ واحِدٍ، فصار كبَيْتَين في دارٍ واحِدةٍ، وله: أنها تَتفاوتُ بالْمَكان والجِيرانِ تَفاوُتًا فاحِشًا، ومَبناها على التَّساوِي.

وعلى هذا الخِلافِ: الأراضِي الْمُشترَكةُ، والدُّورُ في مِصرَين لا تُقسَمُ بالإجماع فيما رَواه هِلالٌ، وعن محمدٍ: أنها تُقسَمُ، وأما الدّارُ والضَّيعةُ، أو الدّارُ والحانُوتُ: فلاختِلاف الجِنسِ، فيُتوَهَّمُ فيه الرِّبا.

(ويُصوِّرُ القاسِمُ) على قِرطاسٍ ونحوِه (ما يَقسِمُه، ويُعدِّلُه) أي يُسَوِّيه على سِهام القِسمةِ، ويُروى: (ويَعزِلُه)، أي يَقطَعُه بالقِسمة عن غَيره (ويَذرَعُه) لأن قَدْرَ الْمِساحةِ يُعرَفُ بالذَّرع.

(ويُقوِّمُ البِناءَ) لأن الماليّةَ تُعرَفُ بالتَّقويم (ويُفرِزُ) أي يُميِّزُ (كلَّ نَصيبٍ بطَريقه وشِربِه) لأن القِسمةَ لتكميل الْمَنفَعةِ، وبه تُكمَّلُ[1].

(ويُلقِّبُ الأنصِباءَ بالأوَّل والثّاني والثّالثِ) والرّابعِ والخامسِ، وهَلُمَّ جَرًّا.

(ويَكتُبُ أسماءَهم) أي أسامِيَ الشُّرَكاءِ، ويَجعَلُها بطاقاتٍ، ويَطوِي كلَّ بِطاقةٍ، ويَجعَلُها شِبْهَ البُندُقةِ، ويُدخِلُها في طينٍ، ثم يُخرِجُها

(١) في (ب) و(هـ): وبه تملك.

ويُقرِعُ، فمن خَرَج اسمُه أوَّلًا فله السَّهمُ الأوَّلُ، ومن خَرَج ثانِيًا فله السَّهمُ الثّاني.

إذا نَشِفَت[1] وهي مِثلُ البُندُقة ثم يَدلِكُها ثم يَجعَلُها في وعاءٍ أو في كُمِّه، ثم يُخرِجُ (ويُقرِعُ) لتَطييب القُلوبِ (فمن خَرَج) من هؤلاء (اسمُه أوَّلًا فله السَّهمُ الأوَّلُ، ومن خَرَج ثانِيًا فله السَّهمُ الثّاني) إلى أن يَنتَهِيَ.

فإن قُلتَ: تَعليقُ الاستِحقاقِ بالقُرعة قِمارٌ، وهو حَرامٌ.

قُلتُ: لا نُسلِّمُ ذلك، فإن الاستِحقاقَ كان ثابِتًا قبلَه، وإنما صِير إليه لتَطييب قُلوبِهم، وهذا ليس بقِمارٍ، وإنما القِمارُ اسمٌ لما يَأخُذون به شيئًا لم يكن لهم قبلَ ذلك، لا مِثلُ هذه؛ فإنها مَشروعةٌ كما أخبَر اللهُ تَعالى حِكايةً عن يونُسَ وزَكريّا عَلَيْهِمَا السَّلَامُ[2]، والقِمارُ غيرُ مَشروعٍ.

---

(1) في (أ) و(هـ): انشقت. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٧١. ولفظ الانشقاق ورد في «تكملة البحر» ٨/ ١٧٣.

(2) قال تعالى عن سيدنا يونس عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾ [الصافات: ١٤١]، قال الإمام النسفي رَحِمَهُ اللَّهُ في «تفسيره» ٣/ ١٣٦: ﴿فَسَاهَمَ﴾ فقارعهم مرة أو ثلاثًا بالسهام، والمساهمة إلقاء السهام على جهة القرعة ﴿فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾ المغلوبين بالقرعة.

وقال سبحانه عن سيدنا زكريا عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: ﴿وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: ٤٤]، قال الإمام النسفي في «تفسيره» ١/ ٢٥٥: ﴿وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ﴾ أزلامهم، وهي قِداحهم التي طرحوها في النهر مقترعين، أو هي الأقلام التي كانوا يكتبون التوراة بها، اختاروها للقرعة تبركًا بها.

ولا تَدخُلُ في القِسمة الدَّراهِمُ إلا بِرِضاهم.

فإن قُسِم ولأحَدهم مَسيلٌ أو طَريقٌ في مِلك الآخَرِ لم يُشتَرَط في القِسمة: صُرِف عنه إن أَمكَن، وإلا فُسِخت القِسمةُ.

(ولا تَدخُلُ في القِسمة الدَّراهِمُ إلا بِرِضاهم) صُورتُه: أن يَقولَ أحدُ الشُّرَكاءِ: نَجعَلُ قِيمةَ البِناءِ بذَرْعٍ من العَرْصة، وقال بعضُهم: نَجعَل قيمةَ البِناءِ على الدَّراهِم، فإن القاضِيَ يَقسِمُها على الذَّرْع؛ لأن القِسمةَ من حُقوق الْمِلكِ الْمُشتَرَكِ، والشِّرْكةُ بينَهم في الْمِلك لا في الدَّراهِمِ، فلا تَجوزُ قِسمةُ ما ليس بمُشتَرَكٍ، فإن فَعَل ذلك بِرِضاهم جاز، وقال مالِكٌ: إذا كانَت دَراهِمُ كَثيرةً أَفسَدت القِسمةَ.

وفي بَعض «مُشكِلاتِ» القُدُوريِّ قال: صورةُ الْمَسألةِ -واللهُ أعلمُ-: اقتَسَموا عَرْصَةَ الدّارِ، فوَقَع في نَصيب أحَدِهم البِناءُ: لم يَدخُل في القِسمة، فإنه لا يُكلَّفُ أن يَرُدَّ قِيمةَ نَصيبِ الباقِين من البِناء من الدَّراهِم، أو وَقَع في نَصيب أحَدِهم فضلٌ: لا يُقالُ له أن يَرُدَّ الدَّراهِمَ على الباقِين من دَراهِمَ من عنده.

(فإن قُسِم ولأحَدهم) أي لأحَد الشُّرَكاءِ (مَسيل) ماءٍ (أو طَريق) الْمُرورِ (في مِلك الآخَرِ) والحالُ أنه (لم يُشتَرَط) ذلك (في القِسمة: صُرِف) الْمَسيلُ أو الطَّريقُ (عنه) أي عن الآخَر (إن أَمكَن) صَرفُه؛ تَحقيقًا لِمَعنى القِسمةِ، وهو قطعُ الاشتِراكِ (وإلا) أي وإن لم يُمكِن صَرفُه عنه (فُسِخت القِسمةُ) بالإجماع؛ لاختِلالها، وتُستأنَفُ؛ لأن الْمَقصودَ تكميلُ[1] الْمَنفَعةِ،

(١) في سوى (أ): تمليك.

سُفْلٌ له عُلْوٌ، وسُفْلٌ مُجرَّدٌ، وعُلْوٌ مُجرَّدٌ: قُوِّم كلٌّ على حِدَةٍ، وقُسِم بالقِيمة.

ولا يَكونُ ذلك إلا بالطَّريق والْمَسيلِ.

(سُفْلٌ له عُلْوٌ) يَعني: بيتٌ فوقَه بيتٌ مُشترَكان بين اثنَين (وسُفْلٌ مُجرَّدٌ) يَعني: بيتٌ فوقَه بيتٌ، ولكن السُّفْلُ مُشترَكٌ بينَهما، والعُلْوُ لآخَرَ (وعُلْوٌ مُجرَّدٌ) يَعني: بيتٌ فوقَ بيتٍ، ولكن السُّفلُ لشخصٍ، والعُلْوُ مُشترَكٌ بينَهما (قُوِّم كلٌّ) واحِدٍ من السُّفْل والعُلْوِ، ومن السُّفْل وحدَه، ومن العُلْو وحدَه (على حِدَةٍ) عندَ محمدٍ (وقُسِم بالقِيمة) لأن السُّفْلَ يَصلُحُ لما لا يَصلُحُ له العُلْوُ، كالبِئر، والسِّردابِ، والإصطَبلِ، وغيرِه، فصار كالجِنسَين، فلا يُمكِنُ التَّعديلُ إلا بالقِيمة، وعليه الفَتوى، وبه قالَت الثَّلاثةُ.

وعندَ أبي حنيفةَ: يُجعَل ذِراعان[1] من عُلْوٍ لا سُفْلَ له بذِراعٍ من سُفْلٍ لا عُلْوَ له، وعندَ أبي يوسفَ: يُجعَلُ ذِراعٌ بذِراعٍ..

قِيل: أجاب كلٌّ واحِدٍ منهم على عادة أهلِ عَصرِه[2]، فإن أبا حنيفةَ أجاب بِناءً على ما شاهَده من عادة أهلِ الكُوفةِ في اختِيارهم السُّفْلَ على العُلْو، وأبو يوسفَ أجاب بِناءً على ما شاهَده من عادة أهلِ بَغدادَ في التَّسوِية بين العُلْوِ والسُّفْلِ في مَنفَعة السُّكنى، ومحمدٌ أجاب على ما شاهَد من اختِلاف العادةِ في البُلدان.

---

(١) في (ب) و(هـ): ذراعًا.

(٢) في (د): مصره. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٧٢.

....

وقِيل: هو اختِلافُ حُجّةٍ بينَهم، فإن أبا حنيفةَ يَقولُ: لصاحِب السُّفْلِ مَنافِعُ كَثيرةٌ، وهي تَبقى أيضًا بعدَ انهِدامِ العُلْوِ، بخِلاف العُلْوِ.

وأبو يوسفَ يَقولُ: هما مُستوِيان في الانتفاع، فإن لكلِّ واحِدٍ من صاحِب السُّفْلِ والعُلْوِ أن يَفعَلَ ما لا يَضُرُّ بالآخَر، حتى كان لصاحِب العُلْوِ أن يَبنِيَ إذا لم يَضُرَّ بصاحِب السُّفْلِ، ولصاحِب السُّفْلِ أن يَحفِرَ إذا لم يَضُرَّ بصاحِب العُلْوِ، فاستَوَيا في الانتِفاع، فيَستَويان في القِسمة..

ومحمدٌ يَقولُ: العُلْوُ والسُّفْلُ بِناءٌ، والمُعادَلةُ في قِسمة البِناءِ بالقِيمة؛ لأن في بَعض البُلدانِ قِيمةَ العُلْوِ أكثرُ، كما في مَكّةَ ومِصرَ، وفي بَعضها قِيمةُ السُّفْلِ أكثَرُ، كما في الكُوفة والشّامِ، ويَختلِفُ أيضًا باختِلاف الأرضِ والأوقاتِ، فلا يُمكِنُ اعتِبارُ المُعادَلةِ فيهما إلا بالقِيمة.

ثم قولُ محمدٍ لا يَحتاجُ إلى التّفسير، وتَفسيرُ قولِ أبي حنيفةَ: أن يُجعَلَ بإزاء مِائةِ ذِراعٍ من العُلْو الذي لا سُفْلَ له ثَلاثةٌ وثَلاثونَ ذِراعًا وثُلُثَ ذِراعٍ من البَيت الكامِلِ، وبإزاء مائة ذِراعٍ من السُّفْل الذي لا عُلْوَ له سِتّةٌ وسِتُّون[1] ذِراعًا وثُلُثا ذِراعٍ من البَيت الكامِلِ؛ لأن العُلْوَ مِثلُ نِصفِ السُّفْلِ.

وتَفسيرُ قولِ أبي يوسُف[2]: أن يُجعَلَ بإزاء خَمسين ذِراعًا من البَيت

---

(١) في سوى (أ) و(د): ستة وثلاثون.

(٢) في (ب): أبي حنيفة.

وتُقبَلُ شَهادةُ القاسِمَين إن اختَلَفوا.

ولو ادَّعى أحَدُهم أن من نَصيبه شيئًا في يَد صاحِبِه، وقد أقَرَّ بالاستيفاء: لم يُصدَّق إلا بَبيِّنةٍ.

الكامِلِ مِائةُ ذِراعٍ من السُّفْل الذي لا عُلْوَ له، أو[1] مِائةُ ذِراعٍ من العُلْو الذي لا سُفْلَ له؛ لأن السُّفْلَ والعُلْوَ عندَه سواءٌ.

(وتُقبَلُ شَهادةُ القاسِمَين) بفَتح الميمِ (إن اختَلَفوا) أي الشُّرَكاءُ بعدَ القِسمةِ، بأن أنكَر بعضُهم استيفاءَ نَصيبِه، فشَهِد القاسِمان أنه استَوفى حقَّه: تُقبَلُ شَهادتُهما، سواءٌ كانا من جِهة القاضِي أو غيرِه، وهذا عندَهما.

وقال محمدٌ: لا تُقبَلُ، وهو قولُ أبي يوسفَ أوَّلًا، وبه قالَت الثَّلاثةُ؛ لأنهما يَشهَدانِ على فِعل أنفُسِهما، فأورثَت التُّهَمةَ، ولهما: أنها شَهادةٌ على فِعل غيرِهما، وهو الاستيفاءُ، لا على فِعل أنفُسِهما، وهو التَّميزُ.

وهذا إذا قَسَما مَجّانًا، ولا يَجُرّان لهما نَفعًا، قال الطَّحاويُّ: إذا اقتَسَما بأجرٍ لا تُقبَلُ الشَّهادةُ إجماعًا، وقِيل: الخِلافُ في الكلِّ، وهو الأصحُّ[2] فلذا أطلَق في الكِتاب.

(ولو ادَّعى أحَدُهم) أي أحدُ الشُّرَكاءِ (أن من نَصيبه شيئًا في يَد صاحِبِه، و) الحالُ أنه (قد أقَرَّ) أوَّلًا (بالاستيفاء) أي باستيفاء نَصيبه (لم يُصدَّق) في دَعواه (إلا بَبيِّنةٍ) لأنه يَدَّعي حقَّ الفَسخِ لنَفسه بعدَ

(١) في (ج) و(هـ): و.

(٢) في (هـ): وهو الصحيح.

وإن قال: استوفيتُ وأخذتُ بعضَه: صُدِّق خَصمُه بحَلِفه.

وإن لم يُقِرَّ بالاستيفاء، وادَّعى أن ذا حَظُّه ولم يُسلَّم إليه، وكَذَّبه شَريكُه: تَحالَفا، وفُسِخت القِسمةُ.

ولو ظَهَر غَبْنٌ فاحِشٌ في القِسمة: تُفسَخُ.

ولو استُحِقَّ بعضٌ شائِعٌ من حظِّه: رَجَع بقِسطه ....

تَمامِها، فلا تُقبَلُ إلا بحُجّةٍ، وإن لم يُقِم بَيِّنةً استَحلَف الشُّركاءَ، فمَن حَلَف فقد بَرِئ، ومن نكَل جُمِع نَصيبُه مع نَصيبِ الْمُدَّعي، فيُقسَمُ على قَدْر حقِّهما.

(وإن قال) الْمُدَّعي الْمَذكورُ (استَوفَيتُ) حَقِّي (وأخَذتُ بعضَه: صُدِّق خَصمُه بحَلِفه) يَعني: القولُ قولُ خَصمِه مع يَمينِه؛ لأنه يَدَّعي عليه الغَصبَ، وهو مُنكِرٌ، فالقولُ قولُ الْمُنكِرِ (وإن لم يُقِرَّ بالاستيفاء، وادَّعى أن ذا) أشار به إلى ما في يَد صاحِبِه (حَظُّه) أي نَصيبُه (و) أنه (لم يُسلَّم إليه، وكَذَّبه شَريكُه: تَحالَفا، وفُسِخت القِسمةُ) كالاختِلاف في الْمَبيعِ والثَّمَنِ، وعندَ مالكٍ: القَولُ لصاحِب اليدِ.

(ولو ظَهَر غَبْنٌ فاحِشٌ) وهو الذي لا يَدخُلُ تحت تَقويمِ الْمُقوِّمين (في القِسمة: تُفسَخُ) سواءٌ كانَت بقَضاء القاضِي أو التَّراضِي، وقِيل: إذا كانَت بالتَّراضِي لا يُلتفَتُ إلى قَول من يَدَّعيه، كما في البَيع، والأوَّلُ أصحُّ.

(ولو استُحِقَّ بعضٌ شائِعٌ من حظِّه) أي من نَصيبه (رَجَع بقِسطه) أي بقِسط الْمُستحَقِّ ....

في حظِّ شَرِيكِه، ولا تُفسَخ القِسمةُ.

ولو تَهايَآ ....

(في حظِّ شَرِيكِه، ولا تُفسَخ القِسمةُ) عندَ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ: تُفسَخُ القِسمةُ؛ لعَدَم تَحَقُّقِ الإفرازِ[1] باستِحقاق النَّصيبِ الشّائعِ، وبه قال الشّافعيُّ وأحمدُ، وهو قولُ محمدٍ في رِواية أبِي سُلَيمانَ، ورَوى أبُو حَفصٍ أنه مع أبي حنيفةَ، وهو الأصحُّ.

فالقُدُوريُّ أَثبَت الخِلافَ فيما إذا استُحِقَّ نَصيبٌ مُعيَّنٌ، والصَّحيحُ أن الاختِلافَ فيما إذا استُحِقَّ بعضٌ شائعٌ، وأما إذا استُحِقَّ نَصيبٌ مُعيَّنٌ من نَصيب أحَدِهما بعدَ أن اقتَسَما: لم تُفسَخ القِسمةُ؛ لبَقاء مُقتضاها، وهو التَّمييزُ والإفرازُ وعدَمُ الضَّرَرِ، ولو استُحِقَّ بعضٌ شائعٌ في الكلِّ تُفسَخُ بالإجماع.

تَوضيحُه: فيما إذا كان الاستِحقاقُ في بَعض نَصيبِ أحَدِهما بعَينه، بأن كان لأحَدهما ثَلاثةُ كُرومٍ، وللآخَر ثَلاثةٌ مِثلُها بالقِسمة، فاستُحِقَّ كَرْمٌ مُعيَّنٌ من أحَدهما: فإن صاحِبَ الثَّلاثةِ يُعطي للذي استَحقَّ عليه نِصفَ كَرْمٍ من كُرومه الثَّلاثةِ، حتى يكونَ لهذا كَرْمان ونِصفٌ، ولهذا كَرْمان ونِصفٌ.

(ولو تَهايَآ) من الْمُهايَأة، وهي: أن يَتواضَعا على أمرٍ، فيَتراضَيا به، وفي الشَّرع: هي عِبارةٌ عن قِسمة الْمَنافعِ، وهي جائِزةٌ استِحسانًا، وإن

(١) في سوى (أ) و(د): الإقرار. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٧٤.

فِي سُكنى دارٍ أو دارَين، أو خِدمة عَبدٍ أو عَبدَين، أو غَلّة دارٍ أو دارَين: صحَّ.

كان القِياسُ يَأباها، ثم لو تَهايَآ (في سُكنى دارٍ) على أن يَسكُنَ أحَدُهما في بَعضها، والآخَرُ في البَعض، أو أحَدُهما العُلْوَ، والآخَرُ السُّفْلَ (أو) في سُكنى (دارَين) على أن يَسكُنَ كلُّ واحِدٍ منهما دارًا..

(أو) تهايَآ في (خِدمة عَبدٍ) على أن يَخدُمَ هذا يومًا وهذا يومًا (أو) في خِدمة (عَبدَين) على أن يَخدُمَ هذا العبدُ هذا وهذا العبدُ هذا (أو) تهايَآ في (غَلّة دارٍ) على أن يَأخُذَ هذا شهرًا وهذا شهرًا (أو) تَهايَآ في غَلّة (دارَين) على أن يَأخُذَ هذا غَلّةَ هذه وهذا غَلّةَ هذه (صحَّ) التَّهايُؤُ في هذه الوُجوهِ السِّتّةِ.

الأوَّلُ: يجوزُ بالاتِّفاق؛ لأن القِسمةَ على هذا الوجهِ جائِزةٌ، فكذا الْمُهايَأةُ، وقِيل: يجوزُ عندَه بالتَّراضي، ولا يُجبَرُ؛ اعتِبارًا بالقِسمة، وعنه: أنه لا يجوزُ التَّهايؤُ أصلًا لا بالجَبر ولا بالتَّراضِي؛ لأنه يَصيرُ بيعَ الْمَنافعِ بالْمَنافِعِ من جِنسه نَسيئةً، وذلك لا يجوزُ..

والثّاني: أيضًا يجوزُ بالاتِّفاق، وكذا الثّالثُ يجوزُ بالاتِّفاق.

والرّابعُ يجوزُ على الأصحّ، وعن[1] أبي حنيفةَ: أنه لا يجوزُ إلا بالتَّراضِي؛ لأن قِسمةَ الرَّقيقِ لا يَجري فيها الجبرُ عندَه، فكذا مَنفَعتُه، والأصحُّ أن القاضِيَ يُهايِئُ بينَهما جبرًا بطَلَب أحَدِهما..

---

(١) في (ز) و(ح): وعند.

وفي غَلّة عبدٍ، أو عَبدَين، أو بَغلٍ، أو بَغلَين، أو رُكوب بغلٍ، أو

والخامِسُ: يجوزُ بالاتِّفاق، والسّادِسُ: فيه خِلافٌ، والأظهَرُ أنه يَجوزُ بالاتِّفاق.

ولو زادَت غَلّةُ الدّارِ الواحِدةِ في نَوبة أحَدِهما على الغَلّة في نَوبة الآخَرِ: يَشترِكان في الزِّيادة؛ تَحقيقًا للتَّعادُل، بخِلاف الزِّيادةِ في الْمَنافعِ، وبخِلاف الزِّيادةِ في غَلّة إحدى الدّارَين؛ حيث لا يَشترِكان فيها؛ لأنه يُحمَلُ على القَرض.

وقال صاحِبُ «الهِدايةِ»: ولو زادَت الغَلّةُ في نَوبة أحَدِهما عليها في نَوبة الآخَرِ يَشتَرِكانِ في الزِّيادة؛ ليَتحقَّقَ التَّعديلُ، بخِلاف ما إذا كان التَّهايُؤُ على الْمَنافِع، فاستَغلَّ أحَدُهما في نَوبته زِيادةً؛ لأن التَّعديلَ مما وَقَع عليه التَّهايُؤُ حاصِلٌ، وهو الْمَنافعُ، فلا تَضُرُّه زِيادةُ الاستِغلالِ مِن بعدُ.

والتَّهايُؤُ على الاستِغلال في الدّارَين جائِزٌ أيضًا في ظاهِر الرِّوايةِ، ولو فَضَل غَلّةُ أحَدِهما لا يَشترِكان فيه، بخِلاف الدّارِ الواحِدةِ.

والفرقُ: أن في الدّارَين مَعنى التَّميزِ والإفرازِ راجِحٌ؛ لاتِّحاد زَمانِ الاستيفاءِ، وفي الدّار الواحِدةِ يَتعاقَبُ الوُصولُ، أي وُصولُ الْمَنفَعةِ، فاعتُبِر قَرضًا، وجُعِل كلُّ واحِدٍ في نَوبته، كالوَكيل عن صاحِبه، فلهذا يَرُدُّ عليه حِصّتَه من الفَضل.

(و) لو تَهايَآ (في غَلّة عبدٍ، أو) في غَلّة (عَبدَين، أو) تَهايَآ في غَلّة (بَغلٍ، أو) في غَلّة (بَغلَين، أو) تَهايَآ في (رُكوب بغلٍ، أو) في رُكوب

بَغلَين، أو ثَمَر شجَرٍ، أو لبَنِ غنَمٍ: لا.

(بَغلَين، أو) تَهايآ في (ثَمَر شجَرٍ[1]، أو) تَهايآ في (لبَنِ غنَمٍ: لا) يجوزُ في هذه الوُجوه الثَّمانيةِ..

الأوَّلُ: لا يجوزُ بالاتِّفاق؛ لأنه لا يَتأتَّى إلا في زَمانَين، فيُتوهَّمُ تَغيُّرُه، بخِلاف التَّهايُؤِ في خِدمته؛ لجَرَيان الْمُسامَحةِ فيها.

الثَّاني: لا يجوزُ عندَ أبي حنيفةَ؛ لأن التَّهايُؤَ في الخِدمة جُوِّز للضَّرورة، ولا ضَرورةَ في الغَلَّة؛ لأنه يُمكِنُ قِسمتُها، وقالا: يجوزُ؛ لإمكان التَّعادُلِ بينَهما.

الثَّالثُ: لا يجوزُ بالاتِّفاق.

والرَّابعُ: لا يجوزُ عندَ أبي حنيفةَ، خِلافًا لهما.

والخامِسُ والسَّادِسُ على الخِلاف.

والسَّابعُ والثَّامنُ: لا يجوزُ بالاتِّفاق؛ لأنها[2] أعيانٌ باقِيةٌ تَرِدُ عليها القِسمةُ عندَ حُصولِها، فلا حاجةَ إلى التَّهايُؤ، بخِلافِ لبَنِ ابنِ آدمَ؛ حيث تجوزُ الْمُهاياةُ فيه، حتى لو كانَت جارِيتان مُشترَكتان بين اثنَين، فتَهايَآ أن تُرضِعَ إحداهما ولَدَ أحَدِهما، والأُخرى ولَدَ الآخَرِ: جاز؛ لأن لبَنَ بَني آدمَ لا قِيمةَ له، فجَرى مَجرى الْمَنافعِ.

والحِيلةُ في الثِّمار ونحوِه: أن يَشترِيَ نَصيبَ شَريكِه، ثم يَبيعَ كلَّها بعدَ

---

(١) في (ب) و(هـ): ثمرة شجرة، وفي (ج) و(أ): ثمر شجرة.
(٢) في (أ) و(هـ): لأنهما.

....

مُضِيِّ نَوبتِه، أو يَنتفِعَ باللَّبَن الْمُقدَّرِ[1] بطَريق القَرضِ في نَصيب صاحِبِه؛ إذ قرضُ الْمُشاعِ جائِزٌ[2]، واللهُ أعلم.

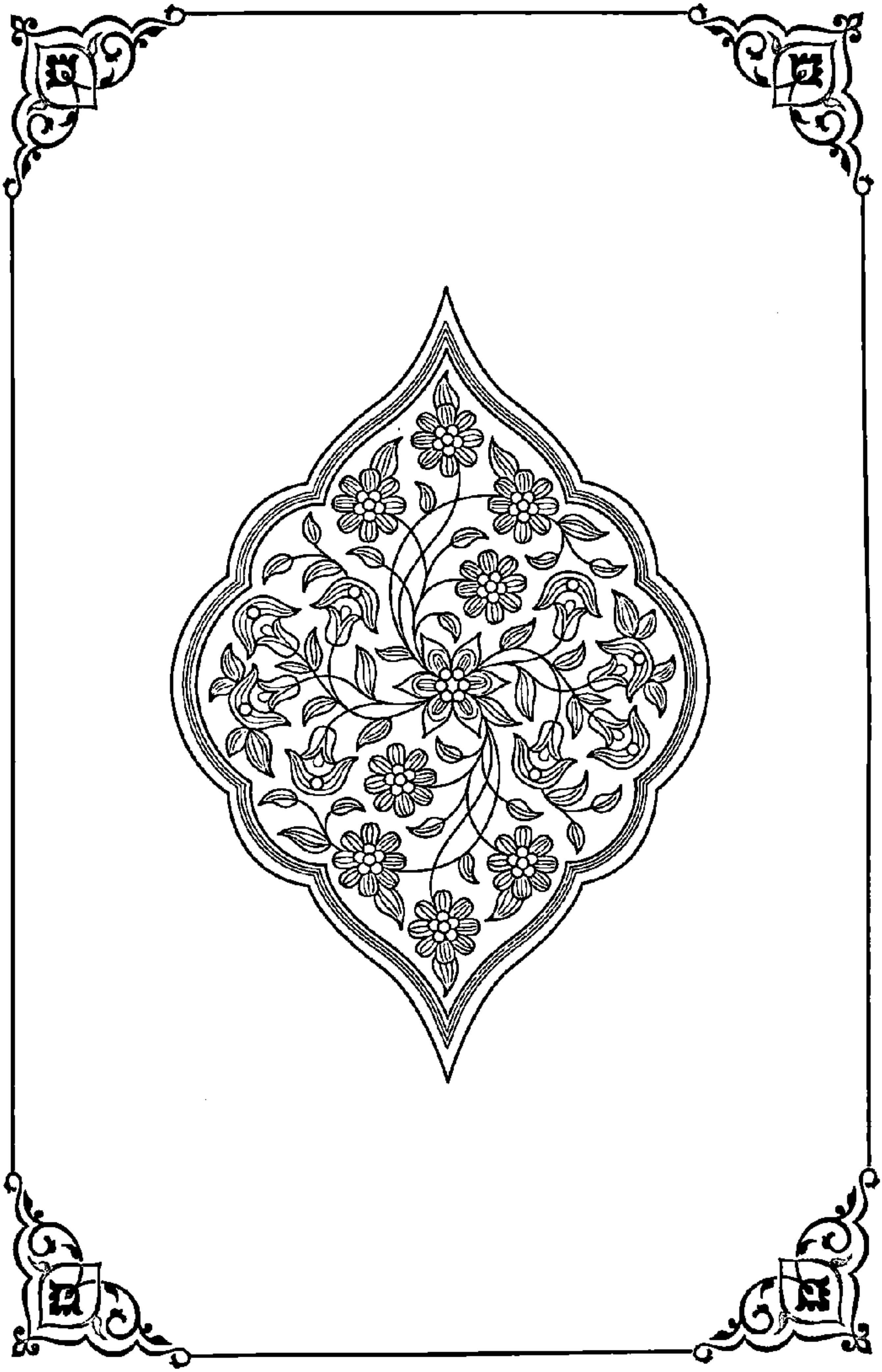
---

(١) أي بوزن معلوم. شلبي ٥/ ٢٧٨.

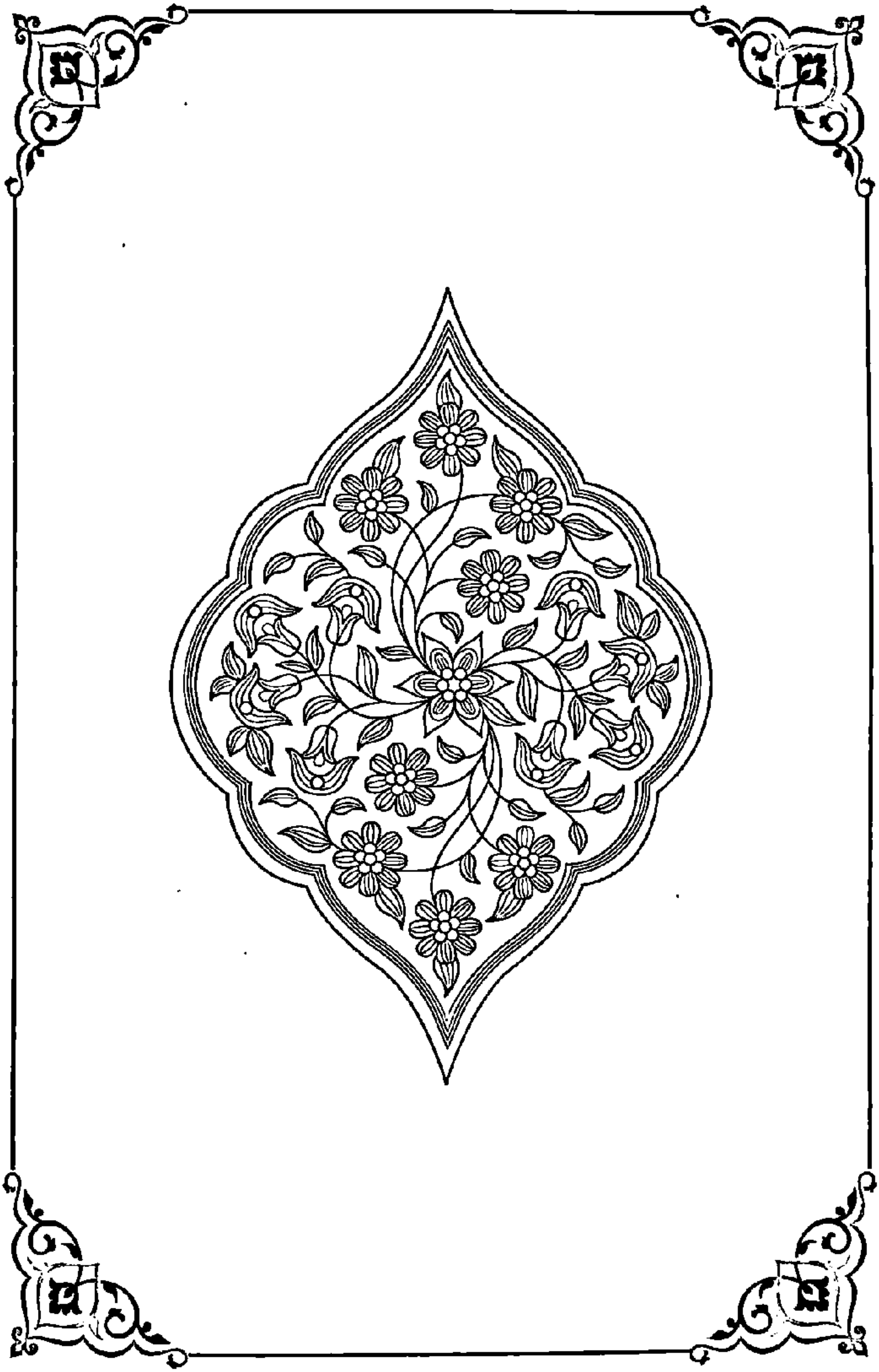
(٢) قال صاحب «الهداية»: والحيلة في جواز التهايؤ أن يبيع حصة من الآخر، ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته، أو ينتفع باللبن استقراضًا لنصيب صاحبه، يعني: يبيع أحد الشريكين حصته من الشجر أو الغنم من صاحبه، ثم يشتري من صاحبه بعد مضي نوبته جميع الشجر أو الغنم، فيحل لكل واحد منهما ما تناوله؛ لأنه حصل اللبن أو الثمر على ملك المشتري، أو ينتفع باللبن استقراضًا لنصيب صاحبه من الحليب كل يوم، أي مدة معلومة، ثم إذا مضت المدة ينتفع صاحبه باللبن في مثل تلك المدة، بعضه من نصيب نفسه في هذه المدة، وبعضه مما أقرضه في المدة الماضية، ولكن ينبغي أن يزن اللبن أو يكيله كل يوم حتى تتحقق المساواة في الاستيفاء، فلا يكون الربا؛ لأن اللبن يزيد وينقص في الحلب.

وقال في قسم الشامل من «المبسوط»: تهايآ في أغنام بينهما، على أن يكون نصفها عند هذا والنصف عند الآخر يعلف ويشرب لبنها ويجز صوفها: لا يجوز لأن اللبن بينهما والعلف عليهما، فيكون كل واحد منهما مشتريًا لبن صاحبه بنصف العلف الذي عليه، واللبن يزيد وينقص، والعلف مثله، فيكون التفاوت فاحشًا، فيكون مبادلةً محضةً، فكان بيعَ لبن بلبن وصوف بصوف مجازفةً، فلا يجوز بعد الحلب والجز، فقبلهما أولى.

وقال في «الفتاوى الصغرى»: بقرة بين اثنين، تواضعا على أن تكون عند كل واحد منهما خمسة عشر يومًا، يحلب لبنها، فهذه مهايأة باطلة، ولا يحل فضل اللبن عليهما، وإن جعلا في حل إلا أن يستهلك صاحب الفضل فضله، ثم جعله صاحبه في حل: فحينئذ يحل؛ لأن الأول هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، فلم يجز، والثاني هبة الدين، وإنه يجوز وإن كان مشاعًا، ونقله عن قسمة «الواقعات». اهـ أتقاني. شلبي ٥/ ٢٧٧.



كتاب المزارعة



كِتاب الْمُزارَعةِ

هي: عَقدٌ على الزَّرع ببَعض الخارِجِ.

وتَصِحُّ بـ: شَرط صَلاحِيَةِ الأرضِ للزِّراعة، وأهليّةِ العاقِدَين، وبَيان الْمُدّةِ، ....

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (الْمُزارَعةِ)

هي مُفاعَلةٌ، مِن زارَع، من الزَّرع: وهو إلقاءُ الحبِّ ونحوِه في الأرض.

وفي الشَّرع: (هي) أي الْمُزارَعةُ (عَقدٌ على الزَّرع ببَعض الخارِجِ) وتُسمّى الْمُخابَرةَ والْمُحاقَلةَ، وتُسمِّيها أهلُ العِراقِ: القَراحَ[1].

(وتَصِحُّ) الْمُزارَعةُ (بشَرط صَلاحِيَةِ الأرضِ للزِّراعة) لأن الْمَقصودَ لا يَحصُلُ بدُونه.

(و) بشَرط (أهليّةِ العاقِدَين) وهما رَبُّ الأرضِ والْمُزارِعُ؛ لأن العَقدَ لا يَصِحُّ إلا من الأهل.

(و) بشَرط (بَيان الْمُدّةِ) قَدْرَ ما يَتمكَّنُ فيها من الزِّراعة[2] أو أكثرَ، وألَّا تَكونَ قَدْرَ ما لا يَعيشُ إليه مِثلُهما أو مِثلُ أحَدِهما غالِبًا، وعندَ

---

(١) القَراح وِزان كلام: الخالص من الماء، الذي لم يخالطه كافور ولا حنوط ولا غير ذلك، والقراح أيضًا: المزرعة التي ليس فيها بناء ولا شجر، والجمع أقرحة. «المصباح» ٢/ ٤٩٦.

(٢) في سوى (أ) و(د): المزارعة.

وربِّ البَذرِ، وجِنسِه، وحظِّ الآخَرِ، والتَّخلِيةِ بينَ الأرضِ والعامِلِ، والشَّرْكةِ في الخارِج.

محمدِ بنِ سَلَمةَ: لا يُشترَطُ بَيانُ الْمُدّةِ، وتَقَعُ على سَنةٍ واحِدةٍ، وبه أَخَذ الفَقيهُ أبُو اللَّيث.

(و) بشَرْط بَيانِ (ربِّ البَذرِ) يَعني: مَن عليه البَذرُ[1]؛ لأن الْمَعقودَ عليه -وهو مَنافِعُ العامِلِ، أو مَنافِعُ الأرضِ- لا تُعرَفُ إلا ببَيان مَن عليه البَذرُ.

(و) بشَرط بَيانِ (جِنسِه) أي جِنسِ البَذرِ؛ لأن الأُجرةَ منه، فلا بُدَّ من بَيان جِنسِ الأُجرةِ.

(و) بشَرط بَيانِ (حظِّ الآخَرِ) أي نَصيبِه؛ لأنه لا بَذْرَ من جِهَته وله أُجرةُ عمَلِه أو أرضِه، فلا بُدَّ أن يَكونَ مَعلومًا.

(و) بشَرط (التَّخلِيةِ بينَ الأرضِ والعامِلِ) لأنه بذلك يَتمكَّنُ من العَمَل، حتى إذا شُرِط في العَقد ما تَفوتُ به التَّخلِيةُ، وهو عمَلُ ربِّ الأرضِ مع العامِلِ: لا يَصِحُّ.

(و) بشَرط (الشَّرْكةِ في الخارِج) لأنه هو الْمَقصودُ بها، فتنعقِدُ[2] إجارةً في الابتِداء، وتَتِمُّ شِرْكةً في الانتِهاء، ولهذا لو شُرِط لأحَدهما قُفْزانٌ مُسمّاةٌ تَفسُد؛ لأنه يُؤدِّي إلى قَطع الشَّرْكةِ في البَعض الْمُسمّى، أو في

(١) في (هـ): من عليه بذر الأرض.
(٢) في (أ): فتُعقدُ.

وأن تَكونَ الأرضُ والبَذرُ لواحِدٍ، والعمَلُ والبقَرُ لآخَرَ، أو تَكونَ الأرضُ لواحِدٍ، والباقي لآخَرَ، أو يَكونَ العمَلُ لواحِدٍ، والباقِي لآخَرَ.

الكلَّ إذا لم تُخرِج الأرضُ أكثرَ من ذلك، وكذا إذا شُرِط أن يَرفَعَ[1] قَدْرَ بَذرِه.

(و) بشَرط (أن تَكونَ الأرضُ والبَذرُ لواحِدٍ، و) أن يَكونَ (العمَلُ والبقَرُ لآخَرَ، أو تَكونَ الأرضُ لواحِدٍ، و) يَكونَ (الباقي) وهو البَذرُ والبقَرُ والعمَلُ (لآخَرَ، أو يَكونَ العمَلُ لواحِدٍ، و) يَكونَ (الباقِي) وهو البَذرُ والبقَرُ والأرضُ (لآخَرَ) فهذه ثَلاثُ صُوَرٍ من جُملة شُروطِ الْمُزارَعةِ على قَول من يُجيزُها..

ففي الصُّورة الأُولى: يَكونُ صاحِبُ البَذرِ والأرضِ مُستأجِرًا للعامِلِ، وبقَرُه تَبَعٌ له.

وفي الثّانيةِ: يَكونُ صاحِبُ البَذرِ مُستأجِرًا للأرض بأجرٍ مَعلومٍ من الخارِج، فيَجوزُ.

وفي الثّالثة: يَكونُ صاحِبُ البَذرِ مُستأجِرًا للعامِلِ وحدَه بلا بقَرٍ بأُجرةٍ مَعلومةٍ من الخارِج، فتَجوزُ.

وهذا كلُّه على قَول أبي يوسفَ ومحمدٍ، وقال أبو حنيفةَ: لا تجوزُ الْمُزارَعةُ؛ لأنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عن الْمُخابَرة، فقِيل: ما الْمُخابَرةُ؟ قال: ....

(١) في (ز) و(ح): يدفع.

فإن كانَت الأرضُ والبقرُ لواحِدٍ، والعمَلُ والبَذرُ لآخَرَ، أو كان البَذرُ لأحَدهما والباقِي لآخَرَ، أو كان البَذرُ والبقَرُ لواحِدٍ، والباقِي لآخَرَ، أو شَرَطا لأحَدهما قُفزانًا مُسمّاةً، أو ما على الماذِيانات ....

«الْمُزارَعةُ بالثُّلُث والرُّبُع»[1]، ولأنه استِئجارٌ ببَعض الخارِجِ من عمَلِه، فيَكونُ في مَعنى قِفيزِ الطَّحّانِ، وبه قال الشّافعيُّ ومالِكٌ.

ولهما: ما رُوِي أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عامَل أهلَ خَيبَرَ على نِصف ما يَخرُجُ من ثمَرٍ أو زَرعٍ[2]، وعليه عمَلُ الصَّحابةِ والتّابِعين ومَن بعدَهم إلى يَومنا هذا بلا نَكيرٍ[3]، وبه قال أحمدُ، وعليه الفَتوى.

(فإن كانَت الأرضُ والبقرُ لواحِدٍ، والعمَلُ والبَذرُ لآخَرَ، أو كان البَذرُ لأحَدهما والباقِي) وهو العمَلُ والأرضُ والبقَرُ (لآخَرَ، أو كان البَذرُ والبقَرُ لواحِدٍ، والباقِي) وهو الأرضُ والعمَلُ (لآخَرَ، أو شَرَطا) أي الْمُتعاقِدان (لأحَدهما قُفزانًا مُسمّاةً) وهو جمعُ قَفيزٍ، وهو اسمٌ لِمِقدارٍ مَعلومٍ، وهو ثَمانيةُ مَكاكيكَ[4].

(أو) شَرَطا لأحَدهما (ما على الماذِيانات) ....

---

(١) روى الإمام أحمد (٢١٦٣٥) وأبو داود (٣٤٠٧) واللفظ للأول عن ثابت بن الحجاج قال: قال زيد بن ثابت: نهانا رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن المخابرة، قال: وقيل له: ما المخابرة؟ قال: «أن تأخذ الأرض بنصف، أو بثلث، أو بربع، أو بأشباه هذا». ورواه بمعناه البخاري (٢٦٣٢) ومسلم (١٥٤٨).

(٢) رواه البخاري (٢٣٢٨)، ومسلم (١٥٥١).

(٣) انظر باب من لم ير بالمزارعة بالنصف والثلث والربع بأسًا عند ابن أبي شيبة ٤/ ٣٧٧.

(٤) ويعدل اليوم: (٦٤.٢٤٢٠) ليترًا.

والسَّواقِي، أو أن يَرفَعَ رَبُّ البَذرِ بَذْرَه، أو أن يَرفَعَ الخَراجَ ....

وهو جمعُ ماذِيانٍ[1]، وهو فارِسيٌّ مُعرَّبٌ، وهو أصغَرُ من النَّهر، وأعظَمُ من الجَدوَل (والسَّواقِي) جمعُ ساقِيَةٍ، وهي فوق الجَدوَلِ دون النَّهرِ، كذا قال في «المُغرِب»، فعلى هذا: يَكونُ الماذِيانُ والسّاقِيةُ من الألفاظ المُترادِفةِ، والرَّبيعُ[2]: النَّهرُ الصَّغيرُ.

وإنما تَفسُدُ المُزارَعةُ ههنا: لأنه يَحتمِلُ أن لا يَحصُلَ الرُّبُع[3] إلا منها، فيُؤدِّيَ إلى قَطع الشِّرْكةِ.

وقد حَدَّث الطَّحاويُّ في «شَرح مَعاني الآثارِ» بإسناده إلى رافِع بنِ خَديجٍ قال: كنّا بَني حارِثٍ[4] أكثرَ أهلِ المَدينةِ حَقلًا، وكنّا نَكرِي الأرضَ على أن ما سَقى الماذِياناتُ[5] والرَّبيعُ فلنا[6]، وما سَقَت الجَداوِلُ فلهم، فربما سَلِم هذا، وهَلَك هذا، ولم يكن عندَنا يومَئذٍ ذَهَبٌ ولا فِضّةٌ، فسَألنا رَسولَ اللهِ ﷺ عن ذلك، فنَهانا[7].

(أو) شَرَطا (أن يَرفَعَ رَبُّ البَذرِ بَذْرَه، أو) شَرَطا (أن يَرفَعَ الخَراجَ)

---

(١) في (أ): ماذيانة.
(٢) في (ب) و(هـ): والربع.
(٣) في (د): الربيع. وانظر «البناية» ١١/ ٤٩١.
(٤) في سوى (ب) و(هـ): حارثة.
(٥) في سوى (ح): الماذيان.
(٦) في (ب) و(ج) و(د) و(هـ): قلنا.
(٧) «شرح معاني الآثار» (٥٩٣٤)، والطبراني (٤٣٣٧)، ورواه البخاري (٢٣٣٢) مختصرًا، ومسلم (١٥٤٨) بلفظ قريب.

والباقِي بينَهما: فَسَدت.

المُوظَّفَ، بأن كان المَوضوعُ على الأرض دَراهِمَ مُسمّاةً، وأما إذا كان الخَراجُ خَراجَ مُقاسَمةٍ، بأن كان المَوضوعُ عليها نِصفَ الخارِجِ، أو ثُلُثَه[1]، أو نحوَ ذلكَ من الجُزء الشّائعِ، فإن اشتَرَطا رَفْعَه: لا تَفسُدُ المُزارَعةُ؛ لأنه لا يُؤدّي إلى قَطع الشّركةِ (و) يَكونَ (الباقِي بينَهما: فَسَدت) المُزارَعةُ في هذه الوُجوهِ السَّبعةِ.

أما الأوّلُ[2]: فلأن صاحِبَ البَذرِ استَأجَر الأرضَ، واشتَرَط البقَرَ على صاحِب الأرضِ، وهو مُفسِدٌ؛ لأن البقَرَ لا يُمكِنُ أن يُجعَلَ تبَعًا للأرض؛ لاختلاف منفعتهما[3]، وعن أبي يوسفَ: جَوازُ هذا؛ للتَّعامُل[4].

وأما الثّاني[5]: فلأن العامِلَ فيه أجيرٌ، ولا يُمكِنُ أن تُجعَلَ الأرضُ تَبعًا له؛ لاختِلاف مَنفعتِهما[6]، وعن أبي يوسفَ: أنه يجوزُ؛ للتَّعامُل.

---

(١) في (أ): أو مثل، وفي (هـ): أو ثلاثة أرباعه. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٨١.
(٢) وهو ما إذا كانت الأرض والبقر لواحد، والعمل والبذر لآخر. «التبيين» ٥/ ٢٨٠.
(٣) لأن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض؛ لأن منفعتها الإنبات، ومنفعة البقر الشق، وبينهما اختلاف، وشرط التبعية الاتحاد، فصار شرطًا مفسدًا، بخلاف ما إذا كان البقر مع العامل: حيث يجوز؛ لأن البقر أمكن جعله تبعًا لاتحاد منفعتهما؛ لأن منفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كإبرة الخياط. «التبيين» ٥/ ٢٨٠.
(٤) والقياس يترك به، والظاهر الأول. «التبيين» ٥/ ٢٨١.
(٥) وهو ما إذا كان البذر لواحد، والباقي لآخر، وهو العمل والبقر والأرض. «التبيين» ٥/ ٢٨١.
(٦) فصار نظير البقر والأرض من واحد، والباقي من الآخر، وهي المسألة الأولى. «التبيين» ٥/ ٢٨١.

فيَكونُ الخارِجُ لربِّ البَذرِ، وللآخَر أجرُ مِثلِ عمَلِه أو أرضِه، ولم يَزِد على ما شُرِط.

وأما الثَّالثُ[1]: فلما ذَكَرنا أنه لا يُمكِنُ جعلُ الأرضِ تَبَعًا للعامِلِ.

وهنا صُورةٌ أُخرى لم يَذكُرها الشَّيخُ رَحِمَهُ اللَّهُ، وهي: أن يَكونَ البقَرُ من واحِدٍ، والباقِي من آخَرَ، قالُوا: هو فاسِدٌ، ويَنبَغي أن يجوزَ بالقِياس على العامِلِ وحدَه، أو على الأرض وحدَها[2].

وأما البَقيَّةُ: فلأنه يُؤدِّي إلى قَطع الشَّركةِ في البَعض الْمُسمَّى أو الكلِّ.

ثم أشار إلى الحُكم في الْمُزارَعة الفاسِدةِ بالفاء بقَوله:

(فيَكونُ الخارِجُ لربِّ البَذرِ) لأنه نَماءُ مِلكِه (و) يَكونُ (للآخَر أجرُ مِثلِ عمَلِه) إن كان الْمَشروطُ عليه العمَلَ (أو) يَكونُ أجرُ مِثلِ (أرضِه) إن كان البَذرُ من قِبَل العامِلِ (ولم يَزِد) أجرُ الْمِثلِ (على ما شُرِط) له؛ لأنه قد رَضِي سُقوطَ الزِّيادةِ، وقال محمدٌ: له أجرُ الْمِثل بالِغًا ما بَلَغ، وبه قالَت الثَّلاثةُ، وقد مرَّ نَظيرُه.

---

(١) وهو ما إذا كان البذر والبقر لواحد، والباقي لآخر، وهو العمل والأرض. «التبيين» ٥/ ٢٨١.

(٢) فإنه يجوز أن يستأجر البقر كما يجوز أن يستأجر العامل أو الأرض، والجواب عنه: أن القياس أن لا تجوز المزارعة؛ لما فيها من الاستئجار ببعض الخارج، وهو لا يجوز، وإنما تركنا ذلك بالأثر، والأثر ورد في استئجار العامل أو الأرض، فبقي ما وراءه على الأصل؛ إذ استئجار شيء بأجرة غير مشار إليه ولا في الذمة: لا يجوز، وقد ورد ذلك في استئجار الأرض، أو العامل في المزارعة، فيقتصر عليه. «التبيين» ٥/ ٢٨١.

وإن صَحَّت: فالخارجُ على الشَّرط، وإن لم يَخرُج شيءٌ: فلا شيءَ للعامِل.

ومَن أَبى عن الْمُضِيِّ: أُجبِر، إلا رَبَّ البَذرِ.

ثم قِيل: إن كان البَذرُ لصاحِب الأرضِ طاب له الفضلُ، وإن لم يكن له لا يَطيبُ له، فيَتصدَّقُ بما زاد على البَذر وأجرِ الأرضِ.

(وإن صَحَّت) الْمُزارَعةُ (فالخارجُ) يَكونُ (على الشَّرط) لصِحّة الالتِزامِ (وإن لم يَخرُج شيءٌ: فلا شيءَ للعامِل) لأن استِحقاقَه بالشَّرْكة في الخارِج، ولا شِرْكةَ في الخارج.

(ومَن أَبى) أي امتَنع (عن الْمُضِيِّ أُجبِر) لأنها انعَقَدت إجارةً، وهي عَقدٌ لازِمٌ (إلا رَبَّ البَذرِ) فإنه لا يُجبَرُ عندَ الإباءِ؛ لأنه لا يُمكِنُه الْمُضِيُّ إلا بإتلاف مالِه، وهو إلقاءُ البَذرِ على الأرض، ولا يَدري هل يَخرُجُ أم لا، فصار نَظيرَ ما لو استأجَر ليَهدِمَ دارَه، ثم امتَنع.

وإن امتَنع العامِلُ أُجبِر على العَمَل؛ لأنه لا يَلحَقُه به ضرَرٌ، ثم إذا امتَنع ربُّ البَذرِ والأرضُ مِن قِبَله بعدَما كَرَب الْمُزارِعُ الأرضَ: فلا شيءَ له في عَمَل الكِرابِ في القَضاء؛ لأن عمَلَه إنما يُتقوَّمُ بالعَقد، وقد قَوَّمه بجُزءٍ من الخارِج، ولا خارِجَ، ويَلزَمُه فيما بينَه وبين اللهِ تَعالى أن يُعطِيَه أجرَ مِثلِ عمَلِه؛ كي لا يَكونَ مَغرورًا من جِهَته؛ لأنه يَتضرَّرُ به[1]، وهو مَدفوعٌ، فيُفتى بإرضائه بأن يُوفِيَه أجرَ مِثلِه.

---

(١) في (ب) و(د): لأنه لا يتضرر به.

وتَبطُلُ بمَوت أحَدِهما.

فإن مَضَت الْمُدّةُ والزَّرع لم يُدرِك: فعلى الْمُزارِع ....

(وتَبطُلُ) الْمُزارَعةُ (بمَوت أحَدِهما) أي أحدِ الْمُتعاقِدَين؛ لأنها إجارةٌ، وهذا قِياسٌ، والاستِحسانُ أنه إذا مات أحَدُهما وقد نَبَت الزَّرعُ: يَبقى عَقدُ الإجارةِ حتى يَستحصِدَ ذلك الزَّرعُ، ثم يَبطُلُ في الباقِي، فيَعمَلُ العامِلُ أو وَرَثتُه على حاله، فإذا حُصِد يُقسَمُ على ما شَرَطا، ولا ضَرورةَ في الباقِي، فتَبطُلُ.

ولو مات رَبُّ الأرضِ قبلَ الزِّراعةِ بعدما كَرَب الأرضَ، وحَفَر الأنهارَ: انتَقَضت الْمُزارَعةُ؛ لأنه ليس في ذلك إتلافُ مالٍ على الْمُزارِع.

وإذا كان على ربِّ الأرضِ دَينٌ فادِحٌ[1]، ولم يَقدِر على قَضائه إلا ببَيع الأرضِ: فُسِخت الْمُزارَعةُ قبلَ الزِّراعةِ، وبِيعت بالدَّين؛ لأنها تُفسَخُ بالأعذار، وليس للعامِلِ أن يُطالِبَه بما كَرَب الأرضَ وحَفَر الأنهارَ بشيءٍ؛ لأن الْمَنافِعَ لا تُتقوَّمُ إلا بالعَقد، وتَقوُّمُها بالخارِج، ولا خارِجَ.

ولو نَبَت الزَّرعُ ولم يَستحصِد: لم تُبَع الأرضُ بالدَّين حتى يَستحصِدَ الزَّرعُ، ويُخرِجُه القاضِي من الحَبس إن كان حَبَسه به.

(فإن مَضَت الْمُدّةُ) أي مُدّةُ الْمُزارَعةِ (و) الحالُ أن (الزَّرع لم يُدرِك: فعلى الْمُزارِع) أي يَجِبُ عليه ....

---

(١) فدحه الأمر: عاله وأثقله، وخطبٌ ودَينٌ فادح، ومنه الحديث: «وعلى المسلمين أن لا يتركوا مفدوحًا في فداء أو عقل». «المغرب» ص٣٥٣.

أجرُ مِثلِ أرضِه حتى يُدرِكَ.

ونَفَقةُ الزَّرعِ عليهما بقَدْرِ حُقوقِهما، كأجرِ الحَصَادِ، والرِّفاعِ، والدِّياسِ، والتَّذرِيةِ، ....

(أجرُ مِثلِ أرضِه حتى يُدرِكَ) الزَّرعُ ويَستحصِدَ؛ لأن في قَلعه ضررًا، فيَبقى بأجر المِثلِ إلى أن يَستحصِدَ، ويَجِبُ على غَير صاحِبِ الأرضِ بحِصّته من الأجرة، ولو أراد المُزارِعُ أن يَأخُذَ الزَّرعَ بَقلًا قِيل لصاحِب الأرضِ: اقلَع الزَّرعَ إن شِئت، فيَكونَ بينَكما، أو أعطِه قِيمةَ نَصيبِه، أو أنفِق أنت على الزَّرعِ، فارجِع عليه بما أنفَقتَ عليه؛ دَفعًا للضَّرَر عنه.

ولو مات المُزارِع قبلَ إدراكِ الزَّرعِ: فلوَرَثته أن يَعمَلوا مَكانَه، وإن أرادُوا قلْعَ الزَّرعِ لم يُجبَروا على العَمَل.

(ونَفَقةُ الزَّرع) تَجِبُ (عليهما) أي على المُتعاقِدَين (بقَدْر حُقوقِهما) أي على قَدْر مِلكِهما بعد انقِضاءِ المُدّةِ.

(كأجر الحَصادِ) أي كما يَجِبُ عليهما أجرُ الحَصادِ، وهو قطعُ الزَّرعِ (والرِّفاعِ) بكَسر الرّاءِ، وهو حملُ الزَّرعِ بعد الحَصادِ إلى البَيدَر، وهو الجُرنُ في لُغة أهلِ مِصرَ (والدِّياسِ) من الدَّوس، وهو دَوسُ الزَّرعِ بالبَقَر ليَخرُجَ الحَبُّ (والتَّذرِيةِ) من ذَرَى يَذرِي في الهَواء ليَخرُجَ الحَبُّ، ويَتميَّزَ من التِّبْن.

ووُجوبُ هذا مُطلقٌ من غَير قيدٍ بانقِضاء مُدّةِ المزارعة[1].

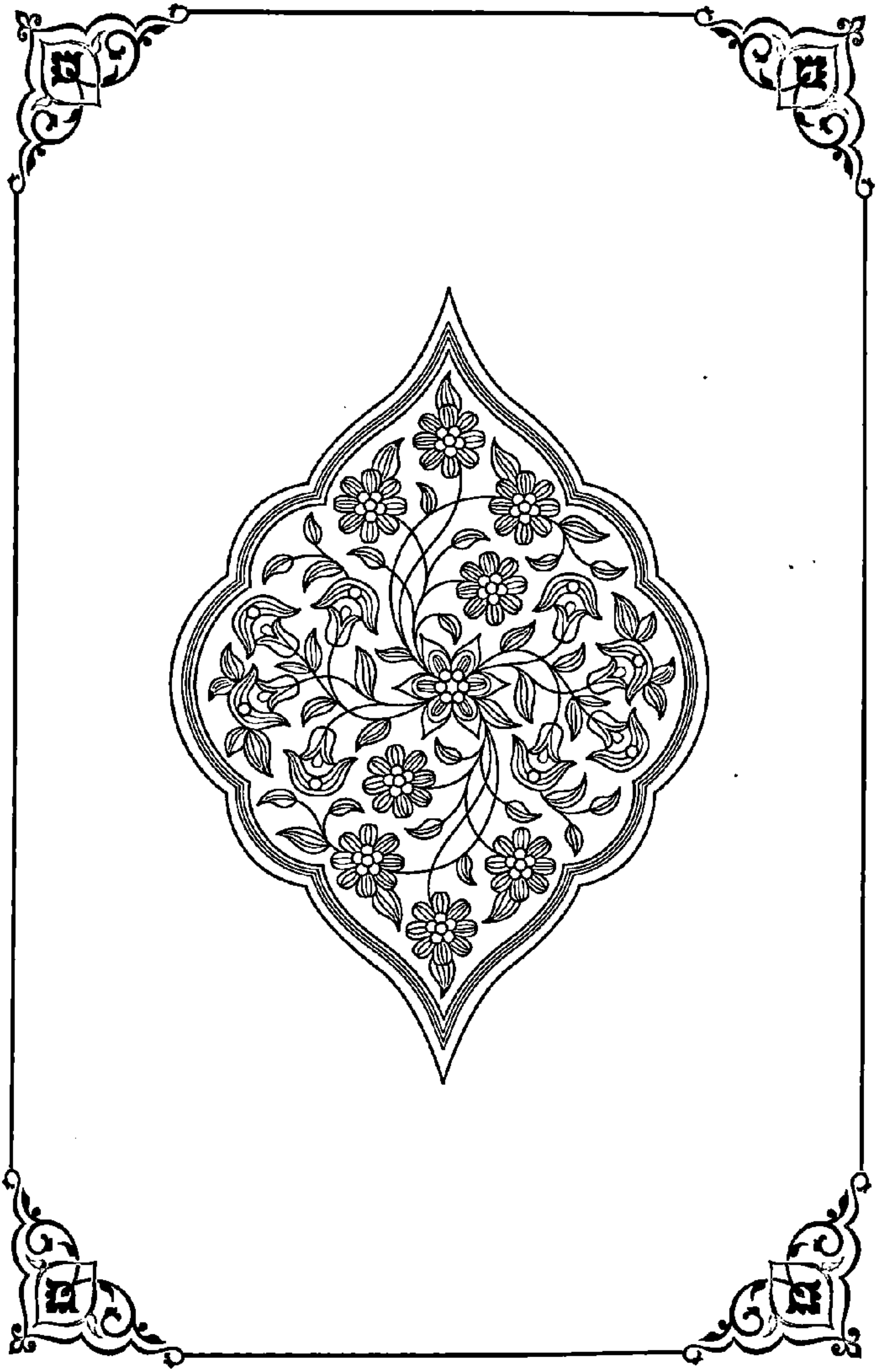
---

(١) في سوى (أ): الزراعة. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٨٣. وفيه: أما نفقة الزرع بعد انقضاء =

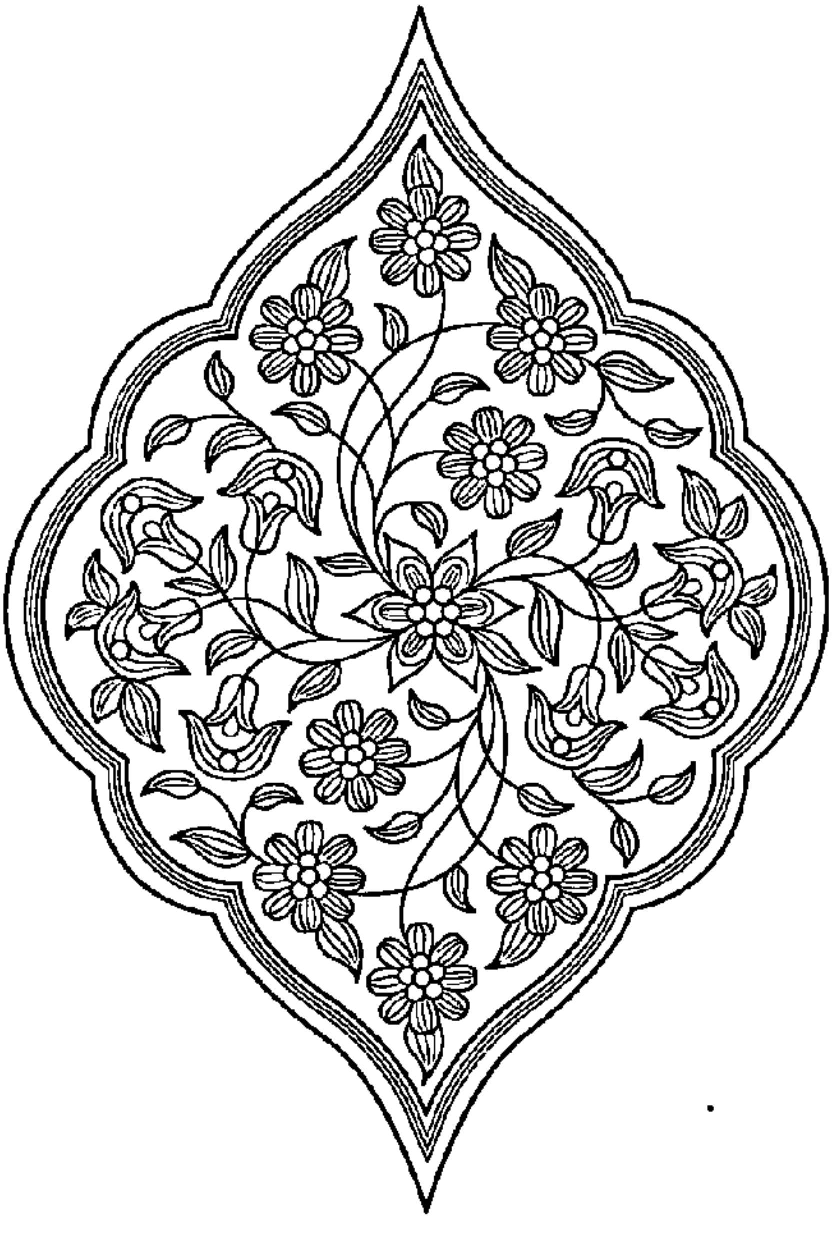
فإن شَرَطاه على العامِلِ: فَسَدت.

(فإن شَرَطاه) أي العمَلَ الذي يَكونُ بعد انتِهاءِ الزَّرعِ، كالحَصاد وأخَواتِه (على العامِلِ: فَسَدت) الْمُزارَعةُ؛ لأنه شرطٌ لا يقتَضيه العَقدُ، وفيه مَنفَعةٌ لأحَدهما، فتَفسُدُ، واللهُ أعلمُ.

= المدة: فلما ذكرنا، وأما وجوب الحصاد والرفاع والدياسة والتذرية عليهما مطلقًا: فلأن عقد المزارعة يوجب على العامل عملًا يحتاج إليه إلى انتهاء الزرع ليزداد الزرع بذلك، فيتناهى وجوب العمل عليه بتناهي الزرع؛ لحصول المقصود، فيبقى بعد ذلك مالًا مشتركًا بينهما، فتجب مؤنته عليهما.



كتاب المساقاة



كِتاب الْمُساقاةِ

هي: مُعاقَدةُ دَفعِ الأشجارِ إلى مَن يَعمَلُ فيهاط على أن الثَّمَرَ بينَهما. وهي كالْمُزارَعة.

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (الْمُساقاةِ)

وهي مُفاعَلةٌ من السَّقْي لُغةً، وفي العُرف: (هي مُعاقَدةُ دَفعِ الأشجارِ إلى مَن يَعمَلُ فيها على أن الثَّمَرَ بينَهما).

(وهي) أي الْمُساقاةُ (كالْمُزارَعة) حتى لا تجوزُ عند أبي حنيفةَ، وتجوزُ عندَهما وعند الثَّلاثةِ، وبه يُفتى.

وشُروطُها شُروطُ الْمُزارَعةِ في جَميع ما ذَكَرنا، إلا في أربَعة أشياءَ:

أحَدُها: إذا امتَنَع أحَدُهما يُجبَرُ عليه؛ لأنه لا ضَرَرَ عليه في الْمُضِيِّ، بخِلاف الْمُزارَعةِ؛ حيث لا يُجبَرُ صاحِبُ البَذرِ إذا امتَنَع.

والثّاني: إذا انقَضَت الْمُدّةُ تُترَكُ بلا أُجرةٍ، ويَعمَلُ بلا أجرٍ، وفي الْمُزارَعةِ بأجرٍ.

والثّالثُ: إذا استُحِقَّ النَّخيلُ يَرجِعُ العامِلُ بأجر مِثلِه، والْمُزارِعُ بقِيمة الزَّرعِ.

والرّابعُ: في بَيان الْمدّةِ، فإنه إذا لم تُبيَّن فيها الْمُدّةُ تجوزُ استِحسانًا؛ لأن وقتَ إدراكِ الثَّمرِ مَعلومٌ، وقَلَّما يُتَفاوَتُ فيه، فيَدخُلُ فيه ما هو الْمُتيَقَّنُ

وتَصِحُّ في الكَرْم، والشَّجَرِ، والرِّطابِ، وأُصولِ الباذِنجانِ.
فإن دَفَع نخلًا فيه ثمَرةٌ مُساقاةً، و ....

به، وإدراكُ البَذْرِ في أُصول الرَّطبةِ في هذا بمَنزِلة إدراكِ الثِّمارِ؛ لأن له نِهايةً مَعلومةً، فلا يُشترَطُ فيه بَيانُ الْمُدّةِ، بخِلاف الزَّرعِ.

(وتَصِحُّ) الْمُساقاةُ (في الكَرْم والشَّجَرِ والرِّطابِ) وهو جمعُ رَطْبةٍ، وهي التي يُسمِّيها الْمِصريُّون: البِرْسِيم، وقِرطًا، وليابِسها: دَريسًا[1] (وأُصولِ الباذِنجانِ) وإنما خَصَّ الرِّطابَ وأُصولَ الباذِنجان بالذِّكر: تَنبيهًا على أنهما من أنواع الشَّجر، لأن الشَّجَرَ اسمٌ لما له ساقٌ، ولهما ساقٌ.

وقال الشّافعيُّ في الجَديد: لا يجوزُ إلا في النَّخل والكَرْمِ، ولا تجوزُ الْمُزارَعةُ إلا تَبَعًا للمُساقاة؛ لأن جَوازَها بحَديث خَيبَرَ[2]، وهو مَخصوصٌ، فلا يَتعدّى.

ولنا: أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عامَل أهلَ خَيبَرَ بشَطر ما يَخرُجُ من ثَمَرٍ أو زَرعٍ، رَواه البُخاريُّ ومُسلِمٌ وآخَرون[3]، وهذا مُطلَقٌ، فلا يجوزُ تَقييدُه ببَعض الأشجارِ دون بعضٍ.

(فإن دَفَع نخلًا فيه ثمَرةٌ مُساقاةً) أي على وَجه الْمُساقاةِ (و) الحالُ أن

(١) في (ب): دربسا، وفي (ج): إدريسا.
(٢) المتقدم تخريجه، وهو الحديث الآتي الذي سيذكره المصنف.
(٣) تقدم تخريجه.

الثَّمَرة تَزيدُ بالعَمَل: صَحَّت، وإن انتَهَت: لا، كالْمُزارَعة.

وإذا فَسَدت: فللعامِل أجرُ مِثلِه.

وتَبطُلُ بالْمَوت، وتُفسَخُ بالعُذر، كالْمُزارَعة، بأن يَكونَ العامِلُ سارِقًا، أو مَريضًا لا يَقدِرُ على العَمَل.

(**الثَّمَرة تَزيدُ بالعَمَل: صَحَّت**) الْمُساقاةُ (**وإن انتَهَت**) الثَّمَرةُ (**لا**) تَصِحُّ (**كالْمُزارَعة**) إذا دَفَع الزَّرعَ وهو بَقلٌ: جاز، وإن أَدرَك واستَحصَد: لم يَجُز.

(**وإذا فَسَدت**) الْمُساقاةُ: (**فللعامِل أجرُ مِثلِه**) لأنها في مَعنى الإجارةِ، كالْمُزارَعة إذا فَسَدت.

(**وتَبطُلُ**) الْمُساقاةُ (**بالْمَوت**) أي بمَوتهما، أو بمَوت أحَدِهما، فإن مات ربُّ الأرضِ والخارجُ بُسْرٌ: فللعامِل أن يَقومَ عليه كما كان يَقومُ قبلَ ذلك إلى أن يُدرِكَ الثَّمَرُ، وليس لوَرَثته أن يَمنَعوه من ذلك استِحسانًا، كما في الْمُزارَعة.

وإن مات العامِلُ فلوَرَثته أن يَقوموا عليه، وليس لربِّ الأرضِ أن يَمنَعَهم من ذلك؛ لأن فيه النَّظَرَ من الجانِبَين.

فإن أرادُوا أن يَصرِموه بُسْرًا كان صاحِبُ الأرضِ بين الخِياراتِ الثَّلاثِ التي ذَكَرناها في الْمُزارَعة.

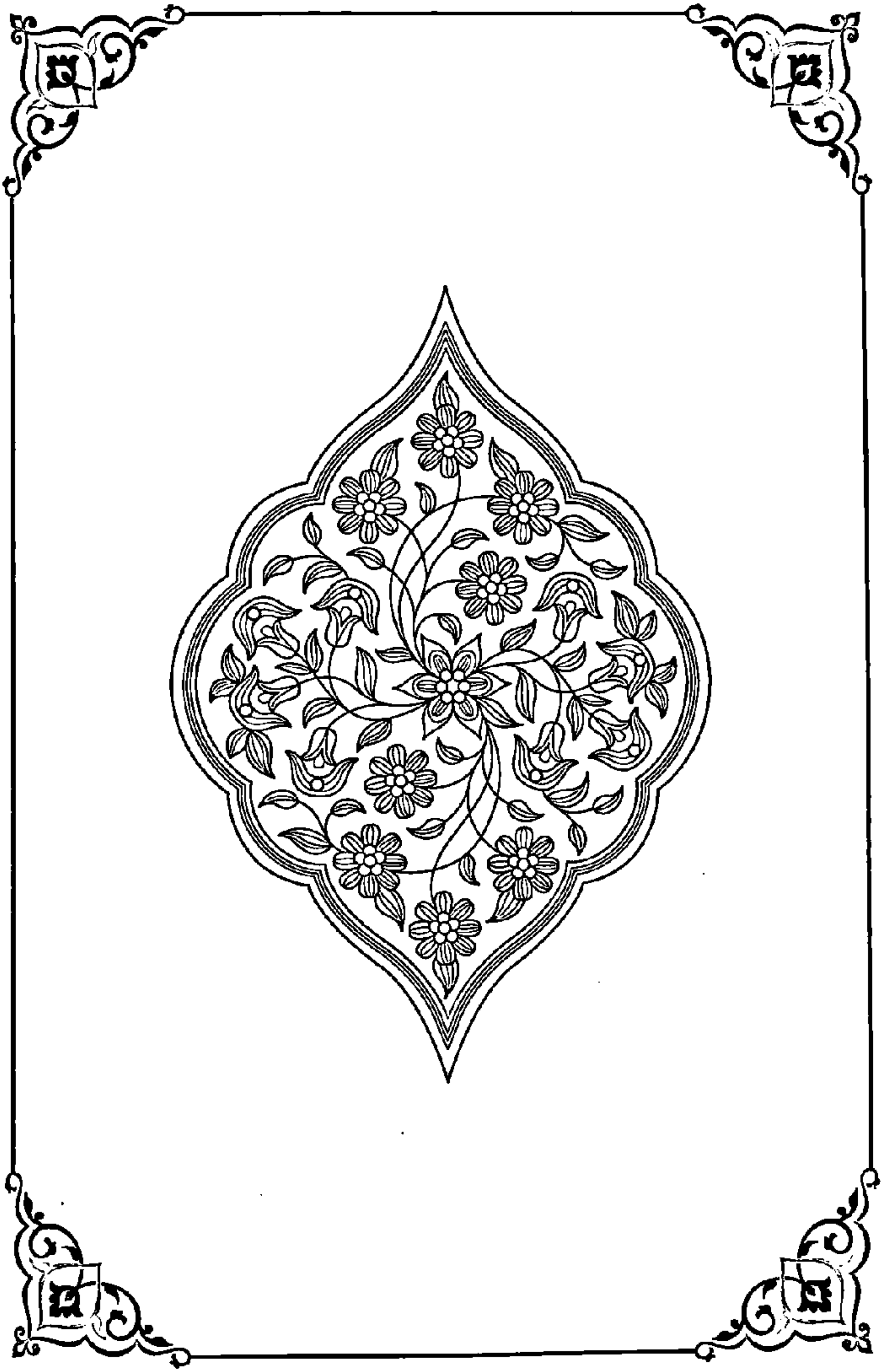
(**وتُفسَخُ**) الْمُساقاةُ (**بالعُذر، كالْمُزارَعة، بأن يَكونَ العامِلُ سارِقًا، أو مَريضًا لا يَقدِرُ على العَمَل**) لأنها في مَعنى الإجارةِ، ولو أراد

....

العامِلُ ترْكَ العمَلِ لا يُمكَّنُ منه في الصَّحيح، وقِيل: يُمكَّنُ، وقِيل: لا يُمكَّنُ بالاتِّفاق، واللهُ أعلمُ[1].

(١) ثم هل ينفرد صاحب العذر بالفسخ، أم يحتاج إلى قضاء القاضي؟ فيه روايتان، ذكرناهما في المزارعة، وقد مر بيانهما مستقصًى في كتاب الإجارة في باب فسخ الإجارة أيضًا. اهـ «غاية». شلبي ٥/ ٢٨٦.

كتاب الذبائح



كِتاب الذَّبائحِ

هي: جمعُ ذَبيحةٍ، وهي اسمٌ لما يُذبَحُ.
والذَّبحُ: قطعُ الأوداجِ.

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (الذَّبائحِ)

(هي) أي الذَّبائحُ (جمعُ ذَبيحةٍ، وهي) أي الذَّبيحةُ (اسمٌ لما يُذبَحُ) مَجازًا باعتِبار ما يَؤولُ؛ لأن الذَّبيحةَ اسمٌ لما ذُبح أو لما أُعِدَّ للذَّبح.

(والذَّبحُ) في الشَّرع: (قطعُ الأوداجِ) وهو جمعُ وَدَجٍ.

والوَدَجُ اثنان فقط، والْمُرادُ الوَدَجان والحُلقومُ والْمَريءُ، وإنما قال: (الأوداج): بطَريق التَّغليبِ، كما وَرَد في الحَديث: «أَفْرِ الأوداجَ بما شِئتَ»[1]، ....

(١) الحُلقوم: هو الحلق، وميمه زائدة، والجمع حلاقيم بالياء، وحذفها تخفيف. «المصباح» ١/ ١٤٦.
المريء -وزان كريم-: رأس المعِدة والكَرِش اللازق بالحلقوم، يجري فيه الطعام والشراب، وهو مهموز، وجمعه مُرُؤٌ بضمتين، مثل بريد وبُرُد. «المصباح» ١/ ١٤٦.
الوَدَج -بفتح الدال والكسر لغة-: عرق الأخدع الذي يقطعه الذابح، فلا يبقى معه حياة، ويقال: في الجسد عرق واحد، حيثما قطع مات صاحبه، وله في كل عضو اسم، فهو في العنق الودج والوريد أيضًا... «المصباح» ٢/ ٦٥٢. وَدَج الدابةَ وَدْجًا: قطع أوداجها، وهي عروق الحلق في المذبح. «المغرب» ص٤٧٩.
أفريت الأوداج -بالألف-: قطعتها. «المصباح» ٢/ ٤٧١.

وحَلَّ ذَبيحةُ مُسلِمٍ، وكِتابيٍّ، وصبيٍّ، وامرَأةٍ، وأخرَسَ، وأقلَفَ.

وقَولُه: «أَفْرِ» بالفاء، مِن أفرَيتَ: إذا قَطعتَ[1].

(وحَلَّ ذَبيحةُ مُسلِمٍ وكِتابيٍّ) أما المُسلِمُ: فلقَوله تَعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣]، والخِطابُ للمُسلِمين، وأما الكِتابيُّ: فلقَوله تَعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٥]، والمُرادُ به: مُذَكَّاهم؛ لأن مُطلَقَ الطَّعامِ غيرِ المُذَكَّى يَحِلُّ من أيِّ كافِرٍ كان، ولا يُشترَطُ فيه أن يَكونَ من أهل الكِتابِ.

ولا فرقَ في الكتابيِّ بين أن يَكونَ ذِمِّيًّا أو حَربيًّا.

ويُشترَطُ أن لا يُذكَرَ فيه غيرُ اللهِ تَعالى، حتى لو ذَكَر الكِتابيُّ المَسيحَ أو عُزَيرًا: لا يَحِلُّ.

(و) كذا حَلَّ ذَبيحةُ (صبيٍّ) يَعقِلُ التَّسمِيةَ، ويَضبِطُ شَرائِطَ الذَّبحِ مِن فَرْيِ الأَوداجِ والتَّسمِيةِ، وإلا لا يَحِلُّ، والمَعتوهُ كالصَّبيِّ إذا كان ضابِطًا.

(و) كذا حَلَّ ذَبيحةُ (امرَأةٍ وأخرَسَ) لأنه عاجِزٌ عن الذِّكر، فيَكونُ مَعذورًا، وتَقومُ المِلَّةُ مَقامَه، كالنّاسي، بل أولى؛ لأنه ألزَمُ.

(و) كذا حَلَّ ذبيحةُ (أقلَفَ) وهو الذي لم يُختَن، سواءٌ تَرَكه لعُذرٍ أوْ لا[2]، وكان ابنُ عبّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا يَكرَهُ ذَبيحتَه[3].

---

(١) رواه النسائي (٤٤٠١)، بلفظ: «أنهر الدم بما شئت».

(٢) والسبب: المنع عن ترك الخَتْن بلا عُذر. «مجمع الأنهر» ٢/٥٠٨.

(٣) رواه عبد الرزاق (٨٥٦٢)، وابن أبي شيبة (٢٣٣٣٤).

لا مَجوسيٍّ، ووَثَنيٍّ، ومُرتدٍّ، ....

وقال الكَرْخيُّ في «مُختصَره»: وكذلك الْمَجنونُ يَذبَحُ في حال جُنونِه، والسَّكرانُ يَذبَحُ في حال سُكرِه، فهي مِثلُ ذلك، يَعني: إن كان يَعقِلُ الْمَجنونُ أو السَّكرانُ التَّسمِيةَ والذَّبيحةَ: جاز، وإلا فلا.

وفي «التَّفريع» للمالِكيّة: ولا تجوزُ ذَبيحةُ السَّكرانِ ولا الْمَجنونِ.

(لا) تَحِلُّ ذَبيحةُ (مَجوسيٍّ) لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «سُنُّوا بهم سُنَّةَ أهلِ الكِتابِ، غيرَ ناكِحي نِسائِهم، ولا آكِلي ذَبائحِهم»[1].

(و) لا ذَبيحةُ (وَثَنيٍّ) لأنه مُشرِكٌ كالْمَجوسيِّ، وهو الذي يَعبُدُ الوَثَنَ، وهو الصَّنَمُ.

(و) لا ذَبيحةُ (مُرتدٍّ) لأنه لا مِلَّةَ له؛ لأنه لا يُقَرُّ[2] على ما انتَقَل إليه، ولهذا لا يجوزُ نِكاحُه.

بخِلاف اليَهوديِّ إذا تَنصَّر أو بالعَكس، أو تَنصَّر الْمَجوسيُّ، أو تَهوَّد؛ لأنه يُقَرُّ[3] على ما انتَقَل إليه عندَنا، فيُعتبَرُ ما هو عليه عندَ الذَّبحِ فحَسْبُ، لا ما قبلَه، حتى لو تَمجَّس اليَهوديُّ لا تَحِلُّ ذَكاتُه.

والْمُتولِّدُ بين الْمُشرِكِ والكِتابيِّ: كالكِتابيِّ؛ لأنه أخفُّ.

---

(١) رواه الإمام مالك ١/ ٢٧٨، وابن أبي شيبة (١٠٧٦٥)، والبزار (١٠٥٦)، والطبراني (١٠٥٩).

(٢) في سوى (أ): لا يقرر.

(٣) في سوى (أ): لأنه يقرر.

ومُحرِمٍ، وتارِكِ تَسمِيةٍ عَمْدًا، ....

(و) لا ذَبيحةُ (مُحرِمٍ) في حقِّ الصَّيدِ؛ لأن فِعلَه فيه غيرُ مَشروعٍ، وكذا الحَلالُ في صَيد الحَرَم.

(و) لا ذَبيحةُ (تارِكِ تَسمِيةٍ[1]) حالَ كونِه (عَمْدًا) أي عامِدًا؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١].

وقال الشّافعيُّ: يجوزُ؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «المسلمُ يَذبَحُ على اسم اللهِ تَعالى سَمّى أو لم يُسَمِّ»[2]، ولنا: ما تَلَونا.

وعلى حُرمة مَتروكِ التَّسمِيةِ عَمْدًا انعَقَد الإجماعُ فيمن كان قبلَ

(١) في (هـ): التسمية.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٨٢: غريب بهذا اللفظ، وفي معناه أحاديث: منها ما أخرجه الدارقطني (٤٨٠٨) ثم البيهقي (١٨٨٩٠) عن محمد بن يزيد بن سنان عن معقل بن عبيد الله الجزري عن عمرو بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «المسلم يكفيه اسمه، فإن نسي أن يسمي حين يذبح فليسم، وليذكر اسم الله، ثم ليأكل». انتهى، قال ابن القطان في «كتابه»: ليس في هذا الإسناد من يتكلم فيه غير محمد بن يزيد بن سنان، وكان صدوقًا صالحًا، لكنه كان شديد الغفلة. انتهى، وقال غيره: معقل بن عبيد الله وإن كان من رجال مسلم لكنه أخطأ في رفع هذا الحديث، وقد رواه سعيد بن منصور وعبد الله بن الزبير الحميدي عن سفيان بن عيينة عن عمرو بن أبي الشعثاء عن عكرمة عن ابن عباس... إلى آخره. وانظر كلام المصنف حول ما ورد في معناه والجواب عنها في «البناية» ١١/ ٥٣٧.

وقال القدوري في «التجريد» ١٢/ ٦٢٩٢: هذا خبر لا يُعرف، وطلبناه في المسانيد فلم نجده، ولم يضعه الذي احتج به إلى مكان فيعرف، أو تكلم على إسناده إن كان له إسناد.

....

الشّافعيّ(١)، وهذا القولُ منه عُدَّ خَرْقًا للإجماع(٢)، وإنما كان الخِلافُ

---

(١) قال ابن حزم في «مراتب الإجماع» ص١٤٧: واختلفوا فيما ذبح الصبي، والسكران، والزنجي، والأقلف، والجنب، والسارق، والغاصب، والأبق، والمرتد إلى دين كتابي، وتارك التسمية خطأً أو عمدًا، أو إلى غير القبلة، وبآلة مغصوبة، أو مسروقة، أو بغير إذن مالك المذبوح، تعمد أو أخطأ، والمعافرة، وذبح أهل الذمة. انتهى.

وقال ابن القطان في «الإقناع في مسائل الإجماع» ١/ ٣١٤: وأجمع المسلمون على أن التسمية مندوب إليها لما فيها من البركة، ومن ترك التسمية على الصيد أو الذبيحة عمدًا لم تؤكل، وإن كان نسيانًا أكل، وقال أبو ثور وداود: من تركها عامدًا أو ناسيًا لم يؤكل صيده ولا ذبيحته، ولا أعلمه روي عن أحد من السلف إلا عن ابن سيرين ونافع. انتهى.

فانظر هذا مع ما قدمته في القضاء وما يأتي بعد هذا التعليق، تعلمْ أنه من الصعب إثبات الإجماع في هذه المسألة قبل الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ، بل أي إجماع ينعقد مع خلافه رضي الله تعالى عنه، وكيف يظن بإمام كالإمام الشافعي أن يخالف الإجماع إن ثبت عنده، وإننا نربأ عن نسبة مثل هذه التهمة الخطيرة له أو لغيره من أئمتنا رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ أجمعين.

(٢) قال الماوردي في «الحاوي الكبير» ١٥/ ١٠: التسمية على الصيد والذبيحة: سنة، وليست بواجبة، فإن تركها عامدًا أو ناسيًا: حل أكله.

وبه قال من الصحابة عبد الله بن عباس، وأبو هريرة، ومن الفقهاء: عطاء، ومالك. انتهى.

وقال ابن عبد البر في «الاستذكار» ٥/ ٢٥٠: وقال الشافعي وأصحابه: تؤكل الذبيحة والصيد في الوجهين جميعًا، تعمد في ذلك أو نسيه، وهو قول ابن عباس، وأبي هريرة، وعطاء، وسعيد بن المسيب، والحسن، وجابر بن زيد، وعكرمة، وعطاء، وأبي رافع، وطاووس، وإبراهيم النخعي، وعبد الرحمن بن أبي ليلى، وقتادة. انتهى.

وحَلَّ لو ناسِيًا.

بينَهم في مَتروك التَّسمِيةِ ناسِيًا، فمَذهَبُ ابنِ عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: أنه يَحرُمُ[1]، ومَذهبُ عليٍّ وابنِ عبّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُم: أنه يَحِلُّ[2].

ولهذا قال أبو يوسفَ والْمَشايخُ: إن مَتروكَ التَّسمِيةِ عمدًا[3] لا يَسوغُ فيه الاجتِهادُ، حتى لو قَضى القاضِي بجَواز بَيعِه لا يَنفُذُ قَضاؤُه؛ لكَونه مُخالِفًا للإجماعِ، وما رَواه مُخالِفٌ للدَّليل القَطعيِّ والإجماعِ، فكان مَردودًا، أو نَقولُ: إنه مَحمولٌ على حالة النِّسيانِ.

(وحَلَّ) الْمُذكّى (لو) تَرَك التَّسمِيةَ حالَ كونِه (ناسِيًا) وقال مالِكٌ:

---

(1) نسب هذا القول له غير واحد من العلماء، كالقرطبي في «تفسيره» ٧/ ٧٥، لكن قال ابن عبد البر في «التمهيد» ٢٢/ ٣٠٢: وقال أبو ثور وداود بن علي: من ترك التسمية عامدًا أو ناسيًا: لم تؤكل ذبيحته ولا صيده، قال أبو عمر: ما أعلم أحدًا من السلف روي عنه هذا المذهب إلا محمد بن سيرين والشعبي ونافعًا مولى ابن عمر، وأما جمهور العلماء فعلى قول مالك والثوري وأبي حنيفة، وعلى قول الشافعي على هذين القولين الناس، وقد روي عن الشعبي خلاف ما حكيناه عنه...
وقال في «الاستذكار» ٥/ ٢٥٠: ولا أعلم أحدًا روى عنه أنه لا يؤكل ممن نسي التسمية على الصيد أو الذبيحة: إلا ابن عمر والشعبي وابن سيرين.
وقال في الصفحة التي تليها: وهذا قول لا نعلمه روي عن أحد من السلف ممن يختلف عنه فيه إلا محمد بن سيرين ونافعًا مولى ابن عمر. انتهى، تأمل.

(2) قول علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لم أقف عليه ولم أرَ من ذكره رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في الخلاف في هذه المسألة.
وقول ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: رواه ابن أبي شيبة (٨٥٣٨) والدارقطني (٤٨٠٨) والبيهقي (١٨٨٩٠).

(3) قوله: (عمدًا) مثبتة من (ح) فقط. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٨٧.

وكُرِه أن يَذْكُرَ مع اسمِ اللهِ غيرَه، وأن يَقولَ عندَ الذَّبحِ: اللَّهُمَّ تَقبَّل من فُلانٍ، ولو قال قبلَ التَّسمِيةِ والإضجاعِ: جاز.

لا يَحِلُّ؛ لما بَيَّنّا، ولنا: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «رُفِع عن أُمّتي الخطَأُ والنِّسيانُ»[1]، ومَشهورُ مَذهَبِه كمَذهَبنا.

(وكُرِه أن يَذْكُرَ مع اسمِ اللهِ غيرَه) أي غيرُ اسمِ اللهِ مَوصولًا من غير عطفٍ، مِثلُ أن يَقولَ: بسمِ اللهِ، محمدٌ رَسولُ اللهِ، بالرَّفع؛ لأنه غيرُ مَذكورٍ على سَبيل العطفِ، فيَكونُ مُبتدأً، لكن يُكرَهُ؛ لوُجود الوَصلِ صُورةً، وإن قال بالخَفض: لا يَحِلُّ، ذَكَره في «النَّوازِل».

وقِيل: هذا إذا كان يَعرِفُ النَّحوَ، والأوجَهُ أن لا يُعتبَرَ الإعرابُ، بل يَحرُمُ مُطلَقًا بالعَطف والوصلِ، نحوُ أن يَقولَ: بسمِ اللهِ واسمِ فُلانٍ، أو: بسمِ اللهِ وفُلانٍ، أو: بسمِ اللهِ ومحمدٍ رَسولِ اللهِ، بالخَفض، فتَحرُمُ الذَّبيحةُ.

ولو رَفَع الْمَعطوفَ على اسم اللهِ يَحِلُّ؛ لأنه مُبتدأٌ، واختَلَفوا في النَّصب، ويُكرَهُ فيهما بالاتِّفاق.

(و) كُرِه أيضًا (أن يَقولَ عندَ الذَّبحِ: اللَّهُمَّ تَقبَّل من فُلانٍ) أو قال: تَقَبَّل منِّي؛ للمُشارَكة (ولو قال) هذا القَولَ (قبلَ التَّسمِيةِ والإضجاعِ) أي إضجاعِ الْمَذبوحِ (جاز) ولا يُكرَهُ؛ لما رُوِي عن النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال بعدَ الذَّبحِ: «اللَّهُمَّ تَقبَّل هذا عن أُمّة محمدٍ ممن شَهِد لك

(١) تقدم تخريجه في أبواب الطلاق عند قول الماتن: (ويَقَع طَلاقُ كلِّ زَوجٍ عاقِلٍ...).

....

بالوَحدانيّة، ولي بالبَلاغ»[1].

ولو قال: الحمدُ لله، أو سُبحانَ الله، يُريدُ به التَّسمِيةَ: حَلّ، ولو عَطَس عندَ الذَّبح فقال: الحمدُ لله: لا يَحِلُّ في الأصحّ؛ لأنه يُريدُ الحمدَ على النِّعمة دون التَّسمِيةِ، بخِلاف الخُطبةِ؛ حيث يُجزِيه ذلك عن الخُطبة[2].

وما تَداولَتْه الألسُنُ عندَ الذَّبحِ وهو قولُهم: بسمِ اللهِ واللهُ أكبَرُ: مَنقولٌ عن النَّبيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ[3]، وعن عليٍّ وابنِ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ مِثلُه[4]، وذَكَر الحَلْوانيُّ: الْمُستحَبُّ أن يَقولَ: بسمِ اللهِ اللهُ أكبَرُ، بلا واوٍ، وبالواو يُكرَهُ؛ لأنه يَقطَعُ فَوْرَ التَّسمِيةِ.

---

(١) رواه بلفظ قريب: ابن ماجه (٣١٢٢)، والطبراني (٩٢١)، والحاكم (٦٥٢١).

(٢) قيدها في «مجمع الأنهر» ٢/ ٥١٠: بشرط النية، وقال: وفي «المنح» وفي «قواعد» صاحب «البحر»: وأما النية في الخطبة للجمعة: فشرط لصحتها، حتى لو عطس بعد صعود المنبر فقال: الحمد لله، للعطاس، غيرَ قاصد لها: لم تصح.

(٣) رواه مسلم (١٩٦٦) الإمام أحمد (٤٦٢٨)، وأبو داود (٢٧٩٥) والترمذي (١٥٢١)، والبزار (٧٠٧٤)، والحاكم (١٧١٦).

(٤) رواه عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ابن أبي الدنيا والبيهقي (١٩١٧٨) بلفظ: عن عاصم بن شريب أن عليًا دعا يوم النحر بكبش فقال: بسم الله والله أكبر، اللهم منك ولك ومن علي لك، وقال: ائتني منه بطابق وتصدق بسائره. كما في «كنز العمال» (١٢٦٨٤). قلت: ولفظ البيهقي: بسم الله اللهم منك..

ورواه عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: الحاكم (٧٥٧١) والبيهقي (١٠٢١٧)، ولفظ الأول: عن عبد الله بن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه قال: يقول الله تبارك وتعالى: ﴿فَٱذْكُرُواْ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهَا صَوَآفَّ﴾ [الحج: ٣٦] قال: قيامًا على ثلاث قوائم معقولة: بسم الله والله أكبر، اللهم منك وإليك.

والذَّبحُ بين الحَلْقِ واللَّبَّةِ.

قُلتُ: إن كان الْمَنقولُ بالواو فلا يُكرَهُ[1].

(والذَّبحُ) الْمُستحَقُّ أن يَكونَ (بين الحَلْقِ واللَّبَّةِ) بفَتح اللَّامِ والباءِ الْمُشدَّدةِ، وهو رأسُ الصَّدرِ، وفي «الجامِع»: ولا بأسَ بالذَّبح في الحَلْق كلِّه، وسَطِه وأعلاه وأسفَلِه.

والأصلُ فيه: ما رُوِي أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَعَث مُنادِيًا يُنادِي في فِجاج مِنًى: ألا إن الذَّكاةَ في الحَلْق... الحَديثَ، رَواه الدَّارَقُطنيُّ[2]، ولأنه مَجمَعُ مَجرى النَّفَسِ ومَجرى الطَّعامِ، ومَجمَعُ[3] العُروقِ، فيَحصُلُ بقَطعه الْمَقصودُ على أبلَغ الوُجوهِ، وهو إنهارُ الدَّمِ.

والتَّقييدُ بالحَلْق واللَّبَّةِ يُفيدُ أنه لو ذَبَح أعلى من الحُلقوم أو أسفَلَ منه: يَحرُمُ؛ لأنه ذَبحٌ في غَير الْمَذبَحِ، ذَكَره في «الواقِعات»، وفي «فَتاوى سَمَرْقَنْدَ»: قَصَّابٌ ذَبَح شاةً في لَيلةٍ مُظلِمةٍ، فقَطَع أعلى من الحُلقوم أو أسفَلَ منه: يَحرُمُ أكلُها.

وفي «فَوائِد» الرُّسْتُغْفَنيِّ[4]: أنه سُئِل عن ذَبْح شاةٍ بَقِيت عُقدةُ الحُلقومِ

---

(١) وورد بدون الواو عند ابن خزيمة (٢٨٩٩).

(٢) (٤٧٥٤) ولفظه كاملًا: عن أبي هريرة قال: بعث رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بديل بن ورقاء الخزاعي على جمل أورق يصيح في فجاج منى: «ألا إن الذكاة في الحلق واللبة، ألا ولا تعجلوا الأنفس أن تزهق، وأيام منى أيام أكل وشرب وبعال».

(٣) في (هـ): ومجرى.

(٤) علي بن سعيد، أبو الحسن، الرستغفني، من كبار مشايخ سمرقند، له كتاب «إرشاد =

....

مما يَلي الصَّدرَ، وكان يجبُ أنه يبقى مما يلي الرأس، أتُؤكَلُ أم لا؟ قال: هذا قولُ العَوامِّ بين النّاسِ، وليس هذا بمُعتبَرٍ، ويجوزُ أكلُها، سواءٌ بَقِيت العُقدةُ مما يَلي الرَّأسَ أو مما يَلي الصَّدرَ، لأنَّ الْمُعتبَرُ[1] عندَنا: قطعُ أكثرِ الأوداجِ.

وفي «الغاية»: وهذا صَحيحٌ؛ لأنه لا اعتِبارَ لكَون العُقدةِ من فوقُ أو من تحتُ؛ ألا تَرى إلى قَول محمدِ بنِ الحسَنِ في «الجامِع الصَّغيرِ»: لا بأسَ بالذَّبح في الحَلْق كلِّه، أسفَلَ الحَلْقِ أو وسَطَه أو أعلاه، فإذا ذَبَح في الأعلى لا بُدَّ أن تَبقى العُقدةُ من تحتُ، ولم يُلتفَت إلى العُقدة لا في كَلام اللهِ ولا في كَلام رَسولِه، بل الذَّكاةُ بين اللَّبَةِ واللَّحيَين بالحَديث[2].

= المهتدي» وكتاب «الزوائد والفوائد» في أنواع العلوم، وهو من أصحاب الماتريدي الكبار، له ذكر في الفقه والأصول في كتب الأصحاب، والخلاف بينه وبين الماتريدي في مسألة المجتهد إذا أخطأ في إصابة الحق.. يكون مخطئًا في الاجتهاد عند أبي منصور، وعند أبي الحسن مصيب في الاجتهاد على كل حال، أصاب الحق أو لم يصب، وقد روى عن أبي حنيفة أنه قال: كل مجتهد مصيب، والحق عند الله واحد، ومعناه أنه مصيب في الطلب، وإن أخطأ المطلوب، قال أبو الحسن: رأيت إمام الهدى أبا منصور الماتريدي في المنام فقال: يا أبا الحسن! ألم تر أن الله غفر لامرأة لم تصل قط! فقلت: بماذا؟ قال باستماع الأذان وإجابة المؤذن. «الجواهر المضية» ١/ ٣٦٢.

(١) في سوى (هـ): وأما المعتبر. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٩٠.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٨٥: قال عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلَامُ: «الذكاة ما بين اللبة واللحيين» =

والْمَذبَحُ: الْمَريءُ، والحُلقومُ، والوَدَجان، ....

(والْمَذبَحُ) أي مَوضِعُ الذَّبحِ الذي يُستحَقُّ قطعُه أربَعةُ أشياءَ، وهي (الْمَريءُ، والحُلقومُ، والوَدَجان) لقَوله عَلَيهِالصَّلَاةُوَالسَّلَامُ: «أفْرِ الأوداجَ بما شِئتَ»(١)، وهي عُروقُ الحَلْقِ، والْمَريءُ: مَجرى الطَّعامِ والشَّرابِ، والحُلقومُ: مَجرى النَّفَسِ.

وفَسَّر صاحِبُ «الهِدايةِ» الحُلقومَ بمَجرى العَلَفِ، والْمَريءَ بمَجرى النَّفَسِ، وهكذا فَسَّر شيخُ الإسلامِ خَواهَرْ زادَه في «مَبسوطه»، وقال: الْمَريءُ: عِرقٌ أحمرُ، مَجرى النَّفَس، وقال صاحِبُ «الكَشّافِ» في تَفسير سُورةِ الأعرافِ: الحُلقومُ: مَدخَلُ الطَّعامِ والشَّرابِ.

وفَسَّر القُدُوريُّ بخِلاف ذلك في «شَرح مُختصَرِ الكَرْخيِّ» فقال: الحُلقومُ: مَجرى النَّفَسِ، والْمَريءُ: مَجرى الطَّعامِ، والوَدَجان: مَجرى الدَّمِ، وهو الأصحُّ، يُؤيِّدُه قولُه تَعالى: ﴿فَلَوْلَآ إِذَا بَلَغَتِ ٱلْحُلْقُومَ﴾ [الواقعة: ٨٣].

وقال في «دِيوان الأدَبِ»: الْمَريءُ: الذي يَدخُلُ فيه الطَّعامُ والشَّرابُ، وقال في «الْمُغرِب»: الْمَريءُ: مَجرى الطَّعامِ والشَّرابِ، وقال في «الجَمهَرة»: مَريءُ الإنسانِ وغيرِه: مَجرى الطَّعامِ إلى جَوفه، وقال صاحِبُ «الْمَطالِعِ»: الْمَريءُ: مَجرى الطَّعامِ مَهموزٌ، وغيرُ الفَرّاءِ لا يَهمِزُه.

= قلت: غريب بهذا اللفظ... ثم ذكر بمعناه حديث بديل بن ورقاء المار.

(١) تقدم تخريجه.

وقطعُ الثَّلاثِ كافٍ.

ولو بـ: ظُفُرٍ، وقَرنٍ، وعَظمٍ، وسِنٍّ ....

(وقطعُ الثَّلاثِ) من هذه الأربَعةِ، أيَّ ثَلاثٍ كانَت (كافٍ) في الجَواز عندَ أبي حنيفةَ؛ لقِيام الأكثَرِ مَقامَ الكلِّ، وهو قولُ أبي يوسفَ أوَّلًا، وعن أبي يوسفَ: أنه يُشترَطُ قطعُ الحُلقومِ والْمَريءِ وأحدِ الوَدَجَين؛ لأن الحُلقومَ أصلٌ، وكذا الْمَريءُ أصلٌ، والوَدَجان جِنسٌ واحِدٌ.

وعند محمدٍ: لا بُدَّ من قَطع الأكثَرِ من كلِّ فردٍ بالحَديث، والأكثَرُ يَقومُ مَقامَ الكلِّ، وبه قال مالِكٌ، وعند الشّافعيِّ: الشَّرطُ قطعُ الحُلقومِ والْمَريءِ، ولا يُشترَطُ قطعُ الوَدَجَين، وبه قال أحمدُ.

(ولو) كان الذَّبحُ (بظُفُرٍ، وقَرنٍ، وعَظمٍ، وسِنٍّ) وهو واصِلٌ بما قبلَه، يَعني: يجوزُ الذَّبحُ ولو كان بهذه الأشياءِ، وقال الشّافعيُّ: لا يجوزُ، والْمَذبوحُ بهذه الأشياءِ مَيْتةٌ لا يَحِلُّ أكلُها؛ لقَوله عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلَامُ: «كُلْ ما أَنهَر الدَّمَ وأَفرى الأوداجَ ما خَلا الظُّفُرَ والسِّنَّ؛ فإنها مُدى الحَبَشةِ»[1]، وبه قال أحمدُ.

---

(1) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٨٦: هو ملفق من حديثين، فروى الأئمة الستة (البخاري ٥٥٤٣، ومسلم ١٩٦٨) من حديث رافع بن خديج، قال: كنّا مع النبي صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ في سفر، فقلت: يا رسول الله! إنا نكون في المغازي فلا تكون معنا مُدًى، فقال: «ما أنهر الدم، وذُكر اسم الله عليه، فكلوا، ما لم يكن سِنًّا أو ظُفُرًا، وسأحدثكم عن ذلك، أما السن فعظم، وأما الظُّفُر فمُدَى الحبشة». انتهى. أخرجوه مختصرًا، ومطوَّلًا. الثاني: رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٩٨١٠) عن رافع بن خُديج، قال: سألت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ عن الذبح باللِّيطة، فقال: «كُلْ ما أفرى =

مَنزوعٍ، وليطةٍ، ومَرْوةٍ، وما أنهر الدَّمَ، إلا سِنًّا أو ظُفرًا قائِمَين.

ولنا: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «**أَنهِر الدَّمَ**»[1]، أي أسِلْه، ويُروى: «**أَفْرِ الأوداجَ بما شِئتَ**»[2]، وما رَواه مَحمولٌ على غَيرِ الْمَنزوعِ؛ فإن الحَبَشةَ كانُوا يَفعَلون ذلك إظهارًا للجَلَد.

وقولُه: (**مَنزوعٍ**) صِفةُ السِّنِّ، قَيَّد به: لأنه إذا لم يكن مَنزوعًا لا يجوزُ، كما يَأتي الآنَ، وكذلك الشَّرطُ في الظُّفُر أن يَكونَ مَنزوعًا، وإنما لم يُقيِّده: اكتِفاءً بقَوله: (**إلا سِنًّا أو ظُفُرًا قائِمَين**).

(**ولِيطةٍ**) بالجرّ، عطفًا على قَوله: بظُفُرٍ، أي يجوزُ الذَّبحُ أيضًا بِلِيطةٍ، بكَسر اللَّامِ وسُكونِ الياءِ آخِرِ الحُروفِ، وهي: قِشرُ القَصَبِ اللَّازِقةُ به، والجَمعُ: لِيَطٌ (**ومَرْوةٍ**) أي ويجوزُ الذَّبحُ أيضًا بمَروةٍ، وهي قِطعةٌ من الصَّخر مُحدَّدةٌ.

(**وما أَنهَر الدَّمَ**) عطفٌ على ما قبلَه من الْمَجرورات، أي يجوزُ الذَّبحُ أيضًا بما -أي بكلِّ شيءٍ- أنهَر -أي أسال- الدَّمَ؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «**أنهِر الدَّمَ بما شِئتَ**»[3].

(**إلا سِنًّا أو ظُفُرًا قائِمَين**) أي مُتَّصِلَين بمَوضِعهما؛ فإنه لا يجوزُ الذَّبحُ بهما؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ في حَديث رافِعِ بنِ خَدِيجٍ: «أما السِّنُّ فعَظمٌ،

= الأوداجَ إلا سِنًّا أو ظُفرًا». انتهى، وتمامه فيه.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

ونُدِب حَدُّ الشَّفْرةِ.

وكُرِه النَّخْعُ، ....

وأما الظُّفُر فمُدى الحَبَشةِ»، رَواه البُخاريُّ ومسلمٌ(١)، وتَأويلُه: إذا كان قائمًا، يَدُلُّ عليه قولُه عَلَيهِالصَّلاةُوَالسَّلَامُ: «أما الظُّفُرُ فمُدى الحَبَشةِ»؛ لأنهم كانُوا يَذبَحون بالقائِم منه.

(ونُدِب) أي استُحِبَّ (حَدُّ الشَّفْرةِ) وهي السِّكِّينُ العَريضُ؛ لقَوله عَلَيهِالصَّلاةُوَالسَّلَامُ في حَديثٍ أخرَجه مسلمٌ(٢): «ولْيُحِدَّ أحَدُكم شَفرتَه، ولْيُرِحْ ذَبيحتَه».

(وكُرِه النَّخْعُ) بفَتح النُّونِ وسُكونِ الخاءِ الْمُعجَمةِ، وهو أن يَصِلَ إلى النُّخاع، وهو: خيطٌ أبيَضُ في جَوف عَظمِ الرَّقَبةِ؛ لوُرود النَّهيِ عن ذلك(٣)، وقِيل: تَفسيرُه: أن يَمُدَّ رأسَها حتى يَظهَرَ مَذبَحُها، وقِيل: أن

(١) البخاري (٥٥٤٣)، ومسلم (١٩٦٨).

(٢) رواه مسلم (١٩٥٥).

(٣) روى البخاري معلقًا ٧/ ٩٣ في باب النحر والذبح قال: وقال ابن جريج عن عطاء: لا ذبح ولا منحر إلا في المذبح والمنحر، قلت: أيجزي ما يذبح أن أنحره؟ قال: نعم، ذكر الله ذبح البقرة، فإن ذبحت شيئًا ينحر جاز، والنحر أحب إلي، والذبح قطع الأوداج، قلت: فيخلف الأوداج حتى يقطع النخاع؟ قال: لا إخال، وأخبرني نافع أن ابن عمر نهى عن النخع، يقول: يقطع ما دون العظم، ثم يدع حتى تموت...
وروى البيهقي (١٩١٣٤) قال الشافعي رَحِمَهُاللَّهُ: ونهى عمر بن الخطاب رَضِيَاللَّهُعَنهُ عن النخع، وأن تعجل الأنفس أن تزهق. قال الشافعي رَحِمَهُاللَّهُ: والنخع أن تذبح الشاة ثم يكسر قفاها من موضع الذبح لنخعه، ولمكان الكسر فيه، أو تضرب ليعجل قطع حركتها، فأكره هذا، وقال: ولم يحرمها ذلك لأنها ذكية.

وقطعُ الرَّأسِ، والذَّبحُ من القَفا.
وذُبِحَ صيدٌ استَأنَس، وجُرِحَ نَعَمٌ تَوحَّش، أو تَردّى في بِئرٍ.

يَكسِرَ رَقَبَتَها قبل أن تَسكُنَ من الاضطِراب.

(و) كُرِه أيضًا (قطعُ الرَّأسِ) لأن فيه زِيادةَ تَعذيبِ الحَيَوانِ بلا فائِدةٍ.

(و) كُرِه (الذَّبحُ) أيضًا (من القَفا) لأن فيه زِيادةَ ألَمٍ، وتَحِلُّ إذا بَقِيت حيّةً حتى تُقطَعَ العُروقُ؛ لتَحقُّق الموتِ بما هو ذَكاةٌ، وإن ماتَت قبل قطعِ العُروقِ لا تُؤكَلُ؛ لوُجود الموتِ بما ليس بذَكاةٍ، وعند مالِكٍ وأحمدَ: لا تَحِلُّ مُطلَقًا.

وكذا يُكرَهُ أن تُسلَخَ قبل أن تَبرُدَ، وأن تُجَرَّ إلى الْمَذبَح، وكلُّ ذلك مَكروهٌ وتُؤكَلُ.

(وذُبِحَ صيدٌ استَأنَس) كالظَّبي إذا تَألَّف في البَيت، فإنه يُذبَحُ؛ لأن ذَكاةَ الاضطِرارِ لا يُصارُ إليها إلا عند العَجزِ عن ذَكاة الاختيارِ.

(وجُرِحَ نَعَمٌ) مِثلُ الغنَمِ والإبِلِ والبقَرِ (تَوحَّش) بأن نَدَّ عن أهله، ودَخَل في الباديِة، وصار وَحشيًّا؛ لأن ذَكاةَ الاختِيارِ تَعذَّرت، فيُذكّى بالجَرح في بَدَنه حيث اتَّفَق، كالصَّيد.

(أو تَردّى) حَيَوانٌ (في بِئرٍ) وحَصَل العجزُ عن الوُصول إليه ليُذبَحَ، فإنه يُجرَحُ ويُؤكَلُ إذا عُلِم بمَوته من الجَرح، وإلا لا، وإن أشكَل ذلك أُكِل؛ لأن الظّاهرَ أن الموتَ منه.

....

وكذا الدَّجاجةُ إذا تَعلَّقت على شَجَرةٍ وخِيف موتُها: صارَت ذَكاتُها الجَرحَ.

ثم إن الشَّيخَ أطلَق الجَوابَ فيما تَوحَّش من النَّعَم، وكذا فيما تَردّى، وعن محمدٍ: أن الشّاةَ إذا نَدَّت في الْمِصر لا تَحِلُّ بالعَقْر، وإن نَدَّت في الصَّحراء تَحِلُّ بالعَقْر، وفي الإبِل والبقَرِ يَتحقَّقُ العجزُ في الْمِصر والصَّحراءِ، فتَحِلُّ بالعَقْر.

والصِّيالُ كالنُّدود إذا كان لا يُقدَرُ على أخذه، حتى لو قَتَله الْمَصولُ عليه وهو يُريدُ ذَكاتَه، وسَمّى: حَلَّ أكلُه.

وقال مالِكٌ: لا يَحِلُّ النَّعَمُ الأهليُّ بذَكاة الاضطِرارِ؛ لأن العَجزَ فيه عن ذَكاة الاختيارِ نادِرٌ، والنّادِرُ لا حُكمَ له.

ولنا: ما رُوِي عن رافِع بنِ خَديجٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: كُنّا مع رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في سَفَرٍ، فنَدَّ بَعيرٌ من إبِل القَومِ، ولم يكن معهم خَيلٌ، فرَماه رجلٌ منهم، فقال رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إن لهذه البَهائمِ أوابِدُ كأوابِد الوَحْشِ، فما فَعَل منها هذا فافعَلوا به هكذا»، رَواه البُخاريُّ ومسلمٌ(١).

---

(١) البخاري (٥٥٤٣)، ومسلم (١٩٦٨). والأوابد: جمع آبدة، وهي التي قد تأبدت، أي توحشت ونفرت من الإنس. «إرشاد الساري» ٥/ ١٨٣.

ويُسَنُّ نحرُ الإبلِ، وذبحُ البقرِ والغنَمِ، وكُرِه عكسُه، وحَلَّ.

(ويُسَنُّ نحرُ الإبلِ) وهو قطعُ العُروقِ في أسفَل العُنُقِ (وذبحُ البقرِ والغنَمِ) وهو قطعُ العُروق في أعلى العُنُقِ تحت اللَّحيَين؛ مُوافَقةً للسُّنة الْمُتواتِرةِ[1]، قال اللهُ تَعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تَذْبَحُوا۟ بَقَرَةً﴾ [البقرة: ٦٧]، وقال: ﴿وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾ [الصافات: ١٠٧]، وقال: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ﴾ [الكوثر: ٢]، جاء في التَّفسير: أي انحَر الجَزورَ[2].

(وكُرِه عكسُه) أي عكسُ الحُكمِ الْمَذكورِ، وهو ذبحُ الإبلِ، ونحرُ البقرِ والغنَمِ؛ لتَركه السُّنّةَ الْمُتواتِرةَ (و) لكن (حَلَّ) لحُصول الْمَقصودِ،

(١) قال في «الهداية» ١/ ١٨٢: والأفضل في البُدن النحر، وفي البقر والغنم الذبح؛ لقوله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ﴾ [الكَوْثَر: ٢]، قيل في تأويله: الجزور، وقال الله تعالى: ﴿أَن تَذْبَحُوا۟ بَقَرَةً﴾ [البقَرَة: ٦٧]، وقال الله تعالى: ﴿وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾ [الصَّافات: ١٠٧]، والذبح ما أعد للذبح، وقد صح أن النبي عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نحر الإبل وذبح البقر والغنم. انتهى. وقال في «نصب الراية» ٣/ ١٦٣: قلت: تقدم في حديث جابر الطويل (مسلم ١٢١٨): ثم انصرف إلى المنحر، فنحر ثلاثًا وستين بدنة بيده، ثم أعطى عليًا فنحر... الحديث.
وذبح البقر: أخرجه البخاري (١٧٢٠) ومسلم (١٢١١) عن عائشة قالت: فدخل علينا يوم النحر بلحم بقر، فقلت: ما هذا؟ قالوا ذبح رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن أزواجه، مختصر.
وذبح الغنم: أخرجه الأئمة الستة (البخاري ٥٥٥٨، ومسلم ١٩٦٦) عن أنس، قال: ضحى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بكبشين أملحين، فرأيته واضعًا قدمه على صفاحهما، يُسمي ويكبر، فذبحهما بيده. انتهى.
(٢) انظر «تفسير الطبري» ٢٤/ ٦٩٢.

ولم يَتذكَّ جَنينٌ بذَكاة أُمِّه.

وهو تَسييلُ الدَّمِ، وقال مالِكٌ: لا يَحِلُّ عند عدَمِ الضَّرورةِ، والحُجّةُ عليه ما بَيَّنّاه.

(ولم يَتذكَّ جَنينٌ بذَكاة أُمِّه) يَعني: لا يَصيرُ الجَنينُ مُذكًّى بذَكاة أُمِّه، حتى لا يَحِلُّ أكلُه بذَكاتها عند أبي حنيفةَ، وقالا: إن تمَّ خَلقُه أُكِل؛ لقَوله عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ذَكاةُ الجَنينِ ذَكاةُ أُمِّه»[1]، وبه قالَت الثَّلاثةُ.

وله: أن «ذَكاةَ أُمِّه» مَنصوبٌ بنَزْعِ الخافِضِ، وهو للتَّشبيه؛ ولأن ذبحَ الأُمِّ ليس بسبَبٍ لخُروج الدَّمِ من الجَنين؛ بدَليل أنه يُتصوَّرُ بَقاؤُه بعد موتِ الأُمِّ، وبه قال زفرُ والحسَنُ بنُ زِيادٍ.

(١) رواه الإمام أحمد (١١٣٤٣)، وأبو داود (٢٨٢٨)، والترمذي (١٤٧٦)، وابن ماجه (٣١٩٩).

﴿ فصلٌ فيما يَحِلُّ وما لا يَحِلُّ ﴾

لا يُؤكَلُ: ذُو نابٍ ومِخلَبٍ، من سَبُعٍ أو طَيرٍ، ....

هذا (فصلٌ فيما) أي في بَيان ما (يَحِلُّ) أكلُه
(وما لا يَحِلُّ) أكلُه

(لا يُؤكَلُ ذُو) أي صاحِبُ (نابٍ و) لا ذُو (مِخلَبٍ) وقولُه: (من سَبُعٍ) بَيانٌ لقَوله: ذُو نابٍ، وقولُه: (أو طَيرٍ) بَيانٌ لقَوله: ومِخلَبٍ؛ لما رُوِي عن ابن عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عن أكل كلِّ ذِي نابٍ من السِّباع، وكلِّ ذِي مِخلَبٍ من الطَّير، رَواه مسلمٌ وآخَرون[1].

والسِّباعُ: جمعُ سَبُعٍ، وهو: كلُّ مُختطِفٍ مُنتهِبٍ جارحٍ قاتِلٍ عادٍ عادةً، والْمُرادُ بذي مِخلبٍ: ما له مِخلَبٌ هو سِلاحٌ، وهو مِفعَلٌ من الخَلْب، وهو مَزْقُ الجِلدِ، ويُعلَم بذلك أن الْمُراد بذِي مِخلَبٍ هو سِباعُ الطَّيرِ، لا كلُّ ما له مِخلَبٌ، وهو الظُّفُرُ، كما أُريد في ذِي نابٍ من سِباع البَهائمِ، لا كلُّ ما له نابٌ.

ويَدخُلُ في الحَديث: الضَّبُعُ، والثَّعلَبُ؛ لأن لهما نابًا، وما رُوِي أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أباح أكْلَهما[2]: ....

---

(١) رواه مسلم (١٩٣٤)، وروى البخاري بعضه (٥٧٨٠).
(٢) روى أبو داود (٣٨٠١) في (بابٌ في أكل الضبع) عن جابر بن عبد الله، قال: سألت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الضبع، فقال: «هو صيد، ويجعل فيه كبش إذا صاده المحرم». =

وحَلَّ غُرابُ الزَّرعِ، ....

مَحمولٌ على الابتِداء[1].

ويَدخُلُ فيه الفيلُ أيضًا؛ لأنه ذُو نابٍ، واليَربوعُ وابنُ عِرْسٍ من سِباع البَهائمِ، وقيل: الخُفّاشُ أيضًا؛ لأنه ذُو نابٍ.

(وحَلَّ غُرابُ الزَّرعِ) لأنه يَأكُلُ الحَبَّ، وليس من سِباع الطَّير ولا من الخَبائِث، وكذلك الزُّرْزورُ والسُّودانيَّةُ[2].

= وروى الترمذي (١٧٩١) عن ابن أبي عمار قال: قلت لجابر: الضبع صيد هي؟ قال: نعم، قال: قلت: آكلها؟ قال: نعم، قال: قلت له: أقاله رسول الله ﷺ؟ قال: نعم.

هذا حديث حسن صحيح، وقد ذهب بعض أهل العلم إلى هذا، ولم يروا بأكل الضبع بأسًا، وهو قول أحمد وإسحاق.

وروي عن النبي ﷺ حديث في كراهية أكل الضبع، وليس إسناده بالقوي، وقد كره بعض أهل العلم أكل الضبع، وهو قول ابن المبارك، قال يحيى القطان: وروى جرير بن حازم هذا الحديث، عن عبد الله بن عبيد بن عمير، عن ابن أبي عمار، عن جابر، عن عمر قوله. وحديث ابن جريج أصح، وابن أبي عمار هو عبد الرحمن بن عبد الله بن أبي عمار المكي.

ورواه النسائي (٢٨٣٦)، وابن ماجه (٣٢٣٦).

وروى عبد الرزاق (٨٧٤٢) أظنه عن معمر، عن ابن طاووس أو غيره، عن طاووس: كان لا يرى بأكل الثعلب بأسًا. ورواه عن قتادة.

(١) أي ثم نسخ، كما في «العناية» ٩/ ٤٩٩.

(٢) الزرزور بضم الأول: نوع من العصافير. «المصباح» ١/ ٢٥٢.

والسودانية: طويرة طويلة الذنب، على قدر قبضة الكف، وقد تسمى العصفور الأسود، وهي تأكل العنب والجراد. «المغرب» ص٢٣٨.

لا الأبقَعُ الذي يَأكُلُ الجِيَفَ، والضَّبُعُ، والضَّبُّ، والزُّنبورُ، والسُّلَحْفاةُ، والحَشَراتُ، ....

(لا) يَحِلُّ الغُرابُ (الأبقَعُ الذي يَأكُلُ الجِيَفَ) لأنه مُلحَقٌ بالخَبائِث.

وبَقِي نوعٌ آخَرُ من الغُراب، وهو الذي يَخلِطُ بينَهما، وهو العَقعَقُ، يُؤكَلُ عند أبي حنيفةَ، وعن[1] أبي يوسفَ: أنه يُكرَهُ؛ لأن غالِبَ مَأكولِه الجِيَفُ، والأوَّلُ أصحُّ.

(و) لا يَحِلُّ أيضًا (الضَّبُعُ) لما بيَّنَّا، وعند الثَّلاثةِ: يُؤكَلُ، وكذا الثَّعلَبُ يُؤكَل عندَهم (و) لا يَحِلُّ أيضًا (الضَّبُّ) لأنه من الخَبائِث، وعند الثَّلاثةِ: يُؤكَلُ، قُلنا: أكلُه كان قبلَ التَّحريمِ[2]؛ لأنه لم يكن في الابتِداء حَرامٌ إلا ثَلاثةُ أشياءَ، على ما قال اللهُ تَعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ﴾ [الأنعام: ١٤٥]، ثم حَرَّم بعدَ ذلك أشياءَ لا تُحصى.

(و) لا يَحِلُّ أيضًا (الزُّنبورُ والسُّلَحْفاةُ) البَرِّيَّةُ والبَحريَّةُ (والحَشَراتُ) لأنها خَبائِثُ، وهي صِغارُ دَوابِّ الأرضِ، واحِدتُها: حَشَرةٌ[3].

---

(١) في (هـ): وعند.
(٢) أي تحريم أكل السباع، وهو منها.
وروى أبو داود (٣٧٩٦) عن عبد الرحمن بن شبل: أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن أكل لحم الضب. وروى النهي أيضًا الطبراني (٨٣٦) عن حجر عن أبي مريم،
(٣) الحشرة: الدابة الصغيرة من دواب الأرض، والجمع حشرات، مثل قصبة وقصبات، وقيل: الحشرة الفأر والضباب واليرابيع. «المصباح» ١/ ١٣٦.

والحُمُرُ الأهليّةُ، والبَغلُ، والخَيلُ، ....

(و) لا يَحِلُّ أيضًا (الحُمُرُ الأهليّةُ) لما رُوِي عن أبي ثَعلَبةَ الخُشَنيِّ أنه قال: حَرَّم رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لُحومَ الحُمُرِ الأهليّةِ، رَواه البُخاريُّ ومسلمٌ[1].

(و) كذا (البَغلُ) لأنه من نَسل الحِمارِ، فكان كأصله[2]، حتى لو كانَت أُمُّه فَرَسًا كان على الخِلاف الْمَعروفِ في لَحم[3] الخَيلِ[4]، وإن كانَت أُمُّه بقَرةً يُؤكَل بلا خِلافٍ؛ لأن الْمُعتبَرَ في الحِلِّ والحُرمةِ الأُمُّ فيما تَولَّد من مَأكولٍ وغيرِ مَأكولٍ.

وفي «فتاوى» الوَلْوالِجيِّ: وأما البِغالُ.. إن كان الفرَسُ نَزا على الحِمار: يُكرَهُ؛ لأن لماء الأتانِ عِبرةً بالإجماع، وأما الحِمارُ إذا نَزا على الرَّمَكة: فكذلك.

قِيل: هذا قولُ أبي حنيفةَ، وأما على قَولهما: فلا بأسَ به؛ لأنه ليس لماء الفَحلِ عِبرةٌ، فبَقِي ماءُ الأُمِّ، وعندَهما: لا بأسَ بأكل الأُمِّ، ويُنكِران أنه يُسمّى بغلًا، والظّاهرُ أن الأوّلَ قولُ الكلِّ. إلى هنا لَفظُه.

(و) كذا لا يَحِلُّ (الخَيلُ) عند أبي حنيفةَ، وهو قولُ ابن عبّاسٍ[5]،

---

(١) رواه البخاري (٢٩٩١)، ومسلم (٦٩٦١).

(٢) في (ج): فكان معتبرًا بأصله.

(٣) في (د): في حكم الخيل.

(٤) سيأتي بعد هذه المسألة بيان الخلاف فيه.

(٥) روى ابن أبي شيبة (٢٤٣١٨) عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال: سأله رجل عن =

....

وبه قال مالِكٌ، وعندَهما: يَحِلُّ؛ لما رَوى جابِرُ بنُ عبدِ اللهِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أنه قال: أكَلنا لحمَ الفرَسِ على عهدِ النَّبيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ[1]، وبه قال الشّافعيُّ وأحمدُ.

وله: قولُه تعالى: ﴿وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ [النحل: ٨]، خَرَجت الآيةُ مَخرَجَ الامتِنانِ، فلو كان حِلُّ الأكلِ ثابِتًا لم يُمَنَّ علينا بذلك، ولما رَوى خالِدُ بنُ الوَليدِ أن النَّبيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عن لُحوم الخَيلِ، رَواه أحمدُ[2]، وفي رِوايةِ أبي داوُدَ[3]: أنه سَمِع النَّبيَّ

= أكل الفرس -وقال وكيع: عن أكل الخيل-، فقرأ هذه الآية: ﴿والأنعام خلقها لكم فيها دفء﴾ الآية، قال: فكرهها.

(١) رويت الرخصة في أكله عند البخاري (٤٢١٩)، ومسلم (١٩٤١)، عن جابر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وروي أكله عن أسماء رَضِيَ اللهُ عَنْهَا عند البخاري (٥٥١٠) قالت: نحرنا على عهد النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرسا فأكلناه.
وذكره مسلم في مقدمته ١/ ٣٢ عن جابر قال: أطعمنا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لحوم الخيل، ونهانا عن لحوم الحمر. ورواه موصولًا الترمذي (١٧٩٣) والنسائي (٤٣٢٨).

(٢) الإمام أحمد (١٦٨١٦)، أبو داود (٣٨٠٦).

(٣) (٣٧٩٠) ولفظه: عن خالد بن الوليد: أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير، زاد حيوة: وكل ذي ناب من السباع. انتهى، واللفظ المذكور وارد عن خالد رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في «الفردوس» (٧٦٤٩). وعند النسائي (٤٣٣١): «لا يحل أكل لحوم الخيل».
ثم قال أبو داود بعده: قال أبو داود: وهو قول مالك، قال أبو داود: لا بأس بلحوم الخيل، وليس العمل عليه، قال أبو داود: وهذا منسوخ، قد أكل لحوم الخيل جماعة =

....

عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يَقولُ: «لا تَحِلُّ لُحومُ الخَيلِ»، وما رَوَوه خبَرُ واحِدٍ وَرَد على مُخالَفة الكِتابِ.

فإن قُلتَ: ذَكر الواقِديُّ[1] أن خالِدًا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أسلَم بعد خَيبَرَ[2]،

= من أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، منهم: ابن الزبير، وفضالة بن عبيد، وأنس بن مالك، وأسماء بنت أبي بكر، وسويد بن غفلة، وعلقمة، وكانت قريش في عهد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تذبحها.

(١) أبو عبد الله، محمد بن عمر بن واقد، السهمي، الأسلمي بالولاء، المدني، الواقدي، المؤرخ الكبير، أحد الأعلام، كان رأسًا في المغازي والسير، ولي قضاء بغداد، وكان له رئاسة وجلالة وصورة عظيمة، من مصنفاته: «المغازي النبوية»، و«تفسير القرآن»، و«فتوح الشام»، توفي رَحِمَهُ اللَّهُ سنة (٢٠٧ هـ)، وانظر ترجمته في «تذكرة الحفاظ» ١/ ٢٥٤.

(٢) قال الحافظ في «الإصابة» ٢/ ٢١٥: كان أحد أشراف قريش في الجاهلية، وكان إليه أعنة الخيل في الجاهلية، وشهد مع كفار قريش الحروب إلى عمرة الحديبية، كما ثبت في الصحيح أنه كان على خيل قريش طليعة، ثم أسلم في سنة سبع بعد خيبر، وقيل قبلها، ووهم من زعم أنه أسلم سنة خمس. انتهى.

قلت: ورد التصريح بكون إسلامه قبل خيبر، والنص على التحريم يوم خيبر: في ما رواه أبو داود (٣٨٠٦) عن صالح بن يحيى بن المقدام، عن جده المقدام ابن معدي كرب عن خالد بن الوليد قال: غزوت مع رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خيبر، فأتت اليهود، فشكوا أن الناس قد أسرعوا إلى حظائرهم، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ألا لا تحل أموال المعاهدين إلا بحقها، وحرام عليكم حمر الأهلية، وخيلها، وبغالها، وكل ذي ناب من السباع، وكل ذي مخلب من الطير».

وقال الحاكم (٥٢٩١): حدثنا بصحة ما ذكره الزبيدي من إسلام خالد بن الوليد قبل خيبر: أبو بكر بن إسحاق، أنا عبيد بن عبد الواحد، أنا محمد بن السري، ثنا محمد بن حرب، عن سليمان بن سليم، عن صالح بن يحيى بن المقدام بن معدي =

....

وفي إسناده صالِحُ بنُ يَحيى[1]: مَجهولٌ، ولئن سُلِّم حُمِل على إشفاق خالِدٍ على الخَيل لأجل الجِهادِ.

قُلتُ: في الواقِديِّ كَلامٌ كَثيرٌ[2]، وإسلامُ خالِدٍ وإن كان يومَ الفتحِ[3] لا يَنفي أن يَكونَ سَمِع النَّبيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يَقولُ ذلك، أو رَواه له بعضُ

= كرب، عن أبيه، عن جده، عن خالد بن الوليد قال: كنا مع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يوم خيبر، فبعثني أنادي: الصلاة جامعة، لا تدخل الجنة إلا نفس مسلمة.

(١) قال في «تهذيب التهذيب» ٤/ ٤٠٧: د س ق: صالح بن يحيى بن المقدام بن معدي كرب، الكندي، الشامي، روى عن جده وعن أبيه عن جده، وعنه ثور بن يزيد وسليمان بن سليم ويحيى بن جابر ويزيد بن حجير الحمصيون، قال البخاري: فيه نظر، وذكره ابن حبان في «الثقاة» وقال: يخطئ، قلت: قال موسى بن هارون الحمال: لا يعرف صالح وأبوه إلا بجده، وقال ابن حزم: هو وأبوه مجهولان، وفي حديثه في تحريم لحوم الخيل دليل الضعف؛ لأن خالد بن الوليد لم يسلم بلا خلاف إلا بعد خيبر، وقال هذا في هذا الحديث، وذلك يوم خيبر. انتهى.

(٢) انظر هذا الكلام الكثير عند الحافظ في «تهذيب التهذيب» ٩/ ٣٦٣ في ترجمة الواقدي، وإذا أردت القول الفصل فيه والدفاع المنصف عنه فاقرأ ما كتبه ابن سيد الناس في مقدمة كتابه «عيون الأثر» ١/ ٢١ ففيه تحقيق باهر، وقد دلني على هذه النفيسة سيدي الشيخ أحمد يحيى سراج الدين حفظه الله تعالى وجزاه خيرًا.

(٣) روى الإمام أحمد (١٧٧٧٧) والحاكم (٥٢٩٣) واللفظ له: عن حبيب بن أبي أوس: حدثني عمرو بن العاص مِن فِيه قال: خرجت عامدًا إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلقيت خالد بن الوليد، وذلك قبيل الفتح وهو مقبل من مكة، فقلت: أين تريد يا أبا سليمان؟ فقال: والله لقد استقام الميسم، وإن الرجل لنبي أذهب فأسلم، فحتى متى، قال: فقدمنا المدينة على رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وتقدم خالد بن الوليد فأسلم وبايع، ثم دنوت فبايعت وانصرفت.

....

الصَّحابةِ[1]، وصالِحُ بنُ يَحيى يُعرَفُ بجَدِّه؛ لقِيامه مَقامَ أبِيه، والحَديثُ احتَجَّ به الكَرْخيُّ، وحَمْلُهم ذلك من خالِدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ على الإشفاق لا يَصِحُّ؛ لأنه حينَئذٍ يَصيرُ مَوقوفًا عليه، وهو مَرفوعٌ، ولو كان كذلك لم يَضُرَّ؛ لأن الْمَوقوفَ في مِثل هذا كالْمَرفوعِ.

ثم اختَلَفوا على قَوله إنه كَراهةُ تَنزيهٍ أو تَحريم، والأصحُّ التَّحريمُ، وفي «الفَتاوى الصُّغرى»: قال قاضِي إسبِيجَابَ[2]: إنه كَراهةُ تَنزيهٍ؛ لأنه ذُكِر في كِتاب الصَّلاة، وسُوِّيَ بينَ بولِه وبولِ ما يُؤكَلُ لحمُه.

وأما لبَنُه.. فقد قال صاحِبُ «الهِدايةِ»: فقد قِيل: إنه لا بأسَ به، وسَمّاه صاحِبُ «الهِدايةِ» في كِتاب الحُدودِ مُباحًا، وقال: السُّكْرُ من الْمُباح لا يُوجِبُ الحدَّ، كالبَنْج ولبَنِ الرِّماكِ.

وقال فخرُ الدِّينِ قاضِي خانَ: فأما الألبانُ: فلبَنُ الْمَأكولِ حَلالٌ، ولبَنُ الرِّماكِ كذلك في قَول أبي يوسفَ ومحمدٍ، ويُكرَهُ في قَول أبي حنيفةَ.

واختَلَفوا في كَراهِيَته، فقال بعضُهم: مَكروهٌ كَراهةَ التَّنزيهِ لا كَراهةَ التَّحريمِ، وذَكَر شمسُ الأئِمّةِ السَّرَخسيُّ في أثناء الكَلامِ: أنه مُباحٌ

---

(1) قال في «الجوهر النقي» ٩/ ٣٢٩: وهذا الحديث يدل على أنه شهد خيبر، ولو سلم أنه أسلم بعدها فغاية ما فيه أنه أرسل الحديث، ومراسيل الصحابة في حكم الموصول المسند؛ لأن روايتهم عن الصحابة، كما ذكره ابن الصلاح وغيره.

(2) إن كان غير الإسبيجابي بهاء الدين أبي المعالي، فهو القاضي جمال الدين الإسبيجابي، ذكره في «الجواهر المضية» ٢/ ٢٨١.

وحَلَّ الأرنَبُ.

كالبَنْج، وعامّةُ الْمَشايخِ قالُوا: إنه مَكروهٌ كَراهةَ التَّحريمِ، إلا أنه لا يُحَدُّ وإن زال عقلُه، كما لو تَناوَل البَنْجَ وارتَفَع إلى رَأسه حتى زال عقلُه: يَحرُمُ ذلك، ولا يُحَدُّ، كذا في «الغاية».

(وحَلَّ الأرنَبُ) لأنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَر أصحابَه أن يَأكُلوه حِين أُهدِي إليه مَشويًّا، رَواه أحمدُ والنَّسائيُّ[1].

والوَبْرُ[2].. قال أبو يوسفَ: لا أحفَظُ فيه عن أبي حنيفةَ شيئًا، وهو عِندي مِثلُ الأرنَبِ، وهو يَعتلِفُ البُقولَ والنَّبْتَ، قالَه الكَرْخِيُّ في «مُختصَره»، وفي «الجَمْهَرة»: الوَبْرُ: دُوَيبّةٌ أصغَرُ من السِّنَّور، طَحْلاءُ[3] اللَّونِ، لا ذَنَبَ لها، تَدجُنُ في البُيوت، ....

---

(١) رواه البخاري (٥٤٨٩)، ومسلم (١٩٥٣)، وفي رواية البخاري (٢٥٧٢) أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أكل منه، وأما أمره صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أصحابه أن يأكلوا منه: فقد رواه النسائي (٢٤٢١).

(٢) في (أ): والويرة.

(٣) في (ح): كحلاء. قال في «تاج العروس» ٢٩/ ٣٦٣: الطُّحلة بالضم: لون بين الغبرة والسواد ببياض قليل، ونص «المحكم»: بين الغبرة والبياض بسواد قليل، كلون الرماد.
ذئب أطحل، قال الشنفرى: أزل تهاداه التنائف أطحل، وشاة طحلاء، والفعل منه طَحِل كفرح، طَحَلًا، وجعل أبو عبيد الأطحل اسم اللون، فقال: هو لون الرماد، وأرى أبا حنيفة حكى: نصل أطحل، وشراب طاحل: إذا لم يكن صافي، وكذلك شراب أطحل، وغبار طاحل: كدر، قال رؤبة: وبلدة تكسى القتام الطاحلا. انتهى.
وقال في «أساس البلاغة» ١/ ٥٩٦: شراب أطحل: كدر على لون الطُّحال.

وذَبحُ ما لا يُؤكَلُ لحمُه: يُطَهِّر لحمَه وجِلدَه، إلا الآدميَّ والخِنزيرَ.
ولا يُؤكَلُ مائِيٌّ إلا السَّمَكَ، غيرَ طافٍ، ....

وتُجمَعُ على وِبارٍ[1].

(وذَبحُ ما لا يُؤكَلُ لحمُه يُطَهِّر لحمَه وجِلدَه) حتى إذا وَقَع في الماء القَليلِ لا يُفسِدُه؛ لأنه كالدِّباغ في إزالة الرُّطوبةِ النَّجِسةِ، وكذا يَطهُرُ شحمُه.

وهل يجوزُ الانتِفاعُ به في غَير الأكلِ؟ قِيل: لا يجوزُ؛ اعتِبارًا بالأكل، وقِيل: يجوزُ، كالزَّيت إذا خالَطه شحمُ الميْتةِ والزَّيتُ غالِبٌ له، فإنه يُنتَفعُ به في غَير الأكلِ.

وفي رِوايةٍ: لا يَطهُرُ بالذَّكاة لحمُ ما لا يُؤكَلُ لحمُه، والجِلدُ يَطهُرُ، هو الصَّحيحُ.

وعندَ الشّافعيِّ: الذَّكاةُ لا تُؤثِّرُ في جَميع ذلك..

(إلا الآدَميَّ) لكَرامته (والخِنزيرَ) لنَجاسة عَينِه، وقد مرَّ مُستَوفًى في كِتاب الصَّلاةِ.

(ولا يُؤكَلُ) حَيَوانٌ (مائِيٌّ) وهو الذي يَكونُ مَثواه وعَيشُه في الماء (إلا السَّمَكَ) حالَ كونِه (غيرَ طافٍ) وهو الذي مات حَتْفَ أنفِه.

---

(1) قال في «المصباح المنير» ٢/٦٤٦: الوَبْر دويبّة نحو السِّنَّور، غبراء اللون، كحلاء، لا ذنَب لها، والجمع وِبار، مثل سهم وسهام، وقال ابن الأعرابي: الذكر وَبْر والأنثى وَبْرةٌ، وقيل: هي من جنس بنات عرس.

....

واعلَم أنه لا يُؤكَلُ من مائيِّ الْمَولِدِ عندَنا إلا السَّمَكُ بأنواعه.

وقال الشّافعيُّ: جَميعُ أنواعِ حَيَوانِ البَحرِ حَلالٌ؛ لقَوله تَعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦] من غَير فصلٍ، وقولِه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ في البَحر: «هو الطَّهورُ ماؤُه، الحِلُّ مَيتتُه»[1]، وبه قال مالِكٌ وأحمدُ في رِوايةٍ.

وعن أحمدَ والشّافعيِّ في قولٍ: إلا الضُّفدِعَ، وعن أحمدَ: كقَولنا، وعنهم: لا يَحِلُّ في البَحر ما لا يَحِلُّ مِثلُه في البَرّ، وعن بَعض الشّافعيّةِ: كقَولنا، لقَوله تَعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧]، وما سِوى السَّمَكِ خَبيثٌ؛ لاستِخباث الطَّبيعةِ السَّليمةِ إيّاها إلا السَّمَكَ، والْمُرادُ من الصَّيد في الآية: الاصطِيادُ، وإنه[2] مُباحٌ لما يُؤكَلُ وما لا يُؤكَلُ، والْمُرادُ بالحل: مَيْتةُ[3] السَّمَكِ، وهو مُتناوِلٌ لجَميع أنواعِه، مِثلِ المارْماهيِّ[4]، وهو الذي في صُورة الحيّةِ، والجِرِّيثِ[5]، وهي السَّمَكةُ السَّوداءُ، والطّافِي منه مَكروهٌ عندَنا، وقالَت الثَّلاثةُ: لا يُكرَهُ.

---

(١) رواه الإمام أحمد (٨٧٣٥)، وأبو داود (٨٣)، والترمذي (٦٩)، والنسائي (٥٩)، وابن ماجه (٣٨٦).

(٢) في (أ): ولأنه.

(٣) في (ب) و(د): والمراد بأكل ميته.

(٤) سمك شبيه بالحيات رديء الغذاء، ويسمى الأنكليس. «لسان العرب» ٦/ ١٧.

(٥) الجريث: نوع من السمك غير المارماهي. «مجمع الأنهر» ٢/ ٥١٤.

....

ولنا: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ما نَضَبَ[1] عنه الماءُ فكُلوا، وما طَفا[2] فلا تَأْكُلوا»[3]، وعن جَماعةٍ من الصَّحابة مِثلُه[4].

وإذا مات السَّمَكُ بآفةٍ يَحِلُّ، وإذا مات من الحَرِّ أو البَرْدِ أو في كَدَر الماءِ.. ففيه رِوايتان: ففي «العُيون»: لا يُؤكَلُ، وفي «فَتاوى» الوَلْوالِجيِّ: إذا ماتَت السَّمَكةُ في الشَّبَكة، وهي لا تَقدِرُ على التَّخلُّص منها، أو أكَلَت شيئًا ألقاه في الماء لتَأكُلَه، فماتَت منه، وذلك مَعلومٌ: فلا بأسَ بأكلها؛ لأنها ماتَت بآفةٍ، وكذلك لو رَبَطها في الماء فماتَت؛ لأنها ماتَت بآفةٍ.

---

(١) نضب الماء: غار وسفُل، من باب طلب، وفي الحديث في السمك: «ما نضب عنه الماء فكلوا» أي انحسر عنه وانفرج. «المغرب» ص٤٤٦.

(٢) طفا الشيء فوق الماء طَفْوًا من باب قال، وطُفُوًّا على فعول: إذا علا ولم يرسب، ومنه السمك الطافي، وهو: الذي يموت في الماء ثم يعلو فوق وجهه. «المصباح» ٢/ ٣٧٤.

(٣) رواه الطبراني في «الأوسط» (٥٦٥٦)، عن جابر قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ما نضب عنه البحر وهو حي فمات فكلوه، وما ألقى البحر حيًا فمات فكلوه، وما وجدتموه ميتًا طافيًا فلا تأكلوه». وقال في «نصب الراية» ٤/ ٢٠٢: غريب بهذا اللفظ، وأخرج أبو داود (٣٨١٥)، وابن ماجه (٣٢٤٧) عن جابر أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ما ألقاه البحر، أو جزر عنه: فكلوه، وما مات فيه وطفا: فلا تأكلوه». انتهى.

(٤) ورد هذا عن جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كما ذكر أبو داود هذا في حديثه المار ورجح وقفه، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٢٠٤. وقال في «الدراية» ٢/ ٢١٣: قوله: وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا: يعني كراهة أكل الطافي: ابن أبي شيبة من طريق جابر (١٩٧٤٦) وعلي (١٩٧٥٠) وابن عباس (١٩٧٤٩)، وأخرج الدارقطني إباحته عن أبي بكر وعن أبي أيوب.

وحَلَّ بلا ذَكاةٍ، كالجَراد.

ولو ذَبَح شاةً فتحرَّكت، أو خَرَج الدَّمُ: حَلَّ، وإلا لا، ....

وفي «الفَتاوى الصُّغرى»: إذا وُجِد السَّمَكُ ميْتًا على الماء وبَطنُه من فوقُ: لم يُؤكَل؛ لأنه طافٍ، وإن كان ظَهرُه من فوقُ أُكِل؛ لأنه ليس بطافٍ.

(وحَلَّ) السَّمَكُ (بلا ذَكاةٍ، كالجَراد) أي كما يَحِلُّ الجَرادُ بلا ذَكاةٍ، وعند مالِكٍ: لا بُدَّ في مَوت الجَرادِ من سبَبٍ، وبه قال أحمدُ في رِوايةٍ، وعن مالِكٍ: يُعتبَرُ قطفُ رأسِه.

(ولو ذَبَح شاةً فتَحرَّكت، أو خَرَج الدَّمُ) من غَير تَحرُّكٍ (حَلَّ) أكلُها؛ لأن الحَرَكةَ وخُروجَ الدَّمِ لا يَكون إلا من الحيّ؛ لأن الميْتَ لا يَتحرَّكُ، ولا يَخرُجُ منه الدَّم، فيَكونُ وُجودُهما أو وُجودُ أحَدِهما عَلامةَ الحَياةِ، فيَحِلُّ، وعدَمُهما عَلامةُ الموتِ، فلا يَحِلُّ، إلا إذا عُلِم حَياتُها عند الذَّبحِ، فتَحِلُّ؛ لأن الأصلَ بَقاءُ ما كان على ما كان، فلا يُحكَمُ بزَوال الحَياةِ بالشَّكّ.

وذَكَر محمدُ بنُ مُقاتِلٍ: إن خَرَج الدَّمُ ولم تتحرَّك[1]: لا تَحِلُّ؛ لأن الدَّمَ لا يَنجمِدُ عند موتِه، فيجوزُ خُروجُ الدَّمِ بعد الموتِ.

(وإلا) أي وإن لم تَتحرَّك، أو لم يَخرُج الدمُ (لا) يَحِلُّ أكلُها ......

(١) في (هـ): الدم والتحرك.
والكلمة في الأصول الباقية سوى (ح): يتحرك بدل تتحرك.

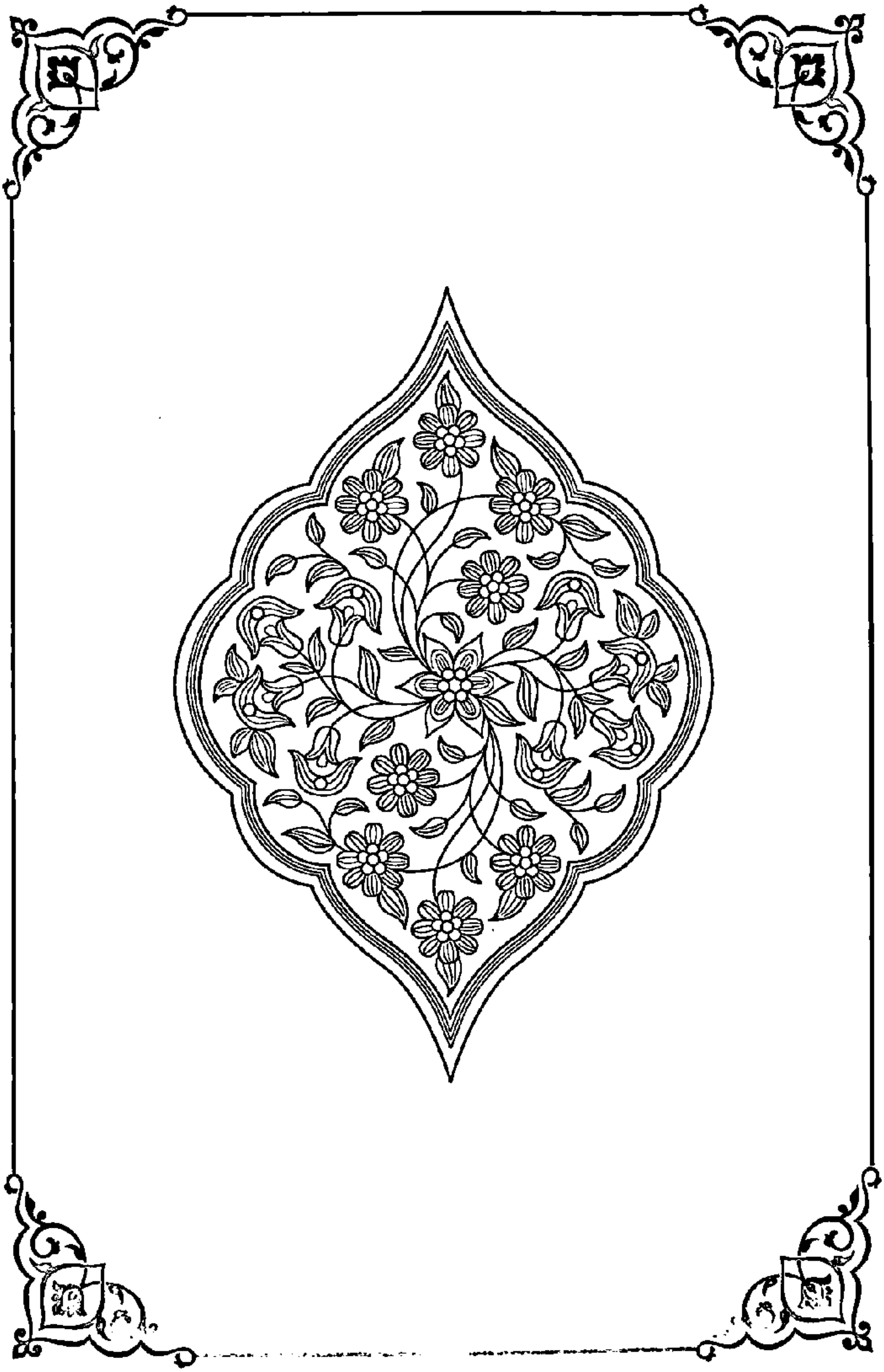
إن لم يَدْرِ حَياتَه، وإن عَلِم: حَلَّ، وإن لم يَتَحَرَّك ولم يَخرُجِ الدمُ.

(**إن لم يَدْرِ**) أي إن لم يَعلَم (**حَياتَه**) وقتَ الذَّبحِ (**وإن عَلِم**) حَياتَه عندَ الذَّبحِ (**حَلَّ**) أكلُها على كلِّ حالٍ (**وإن لم يَتَحَرَّك ولم يَخرُجِ الدمُ**) كما ذَكَرنا، كذا ذَكَر في «المُحيط» وقاضِي خانَ.

ولو ذَبَح شاةً مَريضةً ولم يَتحرَّك منها إلا فُوها.. قال محمدُ بنُ سَلَمةَ: إن فَتَحت فاها: لا تُؤكَلُ، وإن ضَمَّت عَينَها[1]: تُؤكَلُ، وإن مَدَّت رِجلَها: لا تُؤكَلُ، وإن قَبَضت رِجلَها: أُكِلت، وإن نام شَعْرُها: لا تُؤكَلُ، وإن قام شَعْرُها: أُكِلت، واللهُ أعلمُ.

(١) في (أ): وإن ضمت فاها أُكلت، وإن فتحت عَيْنها لا تؤكل، وإن ضمت عينها تؤكل، وإن مدت رجلها... إلخ. وانظر «التبيين» ٥/ ٢٩٧.

كتاب الأضحية



كِتاب الأُضحِيّة

تَجِبُ ....

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (الأُضحِيّةِ)

وهي على وَزن أُفْعِلّةٍ، كأُرْوِيّةٍ، وهي(١) الأنثى من الوُعول(٢)، وتُجمَعُ على أضاحِيَّ بالتَّشديد، على أفاعيلَ، كالأَراوِيِّ في جَمع الأُروِيّةِ، ويُقالُ: ضَحِيّةٌ، كهَدِيّةٍ، وتُجمَعُ على ضَحايا، كهَدِيّةٍ على هَدايا، ويُقالُ: أُضحاةٌ، كأَرطاةٍ، ويُجمَعُ على أَضحى، كأَرطى في جَمع أَرطاةٍ.

وفي الشَّرع: اسمٌ لحَيَوانٍ مَخصوصٍ، بسِنٍّ مَخصوصٍ، يُذبَحُ بنِيّة القُربةِ في يومٍ مَخصوصٍ.

(تَجِبُ) الأُضحِيّةُ، وعن(٣) أبي يوسفَ: أنها سُنّةٌ، وهو قولُ الشّافعيِّ وأحمدَ، وذَكَر الطَّحاوِيُّ أنها واجِبةٌ عند أبي حنيفةَ، سُنّةٌ عندَهما.

---

(١) أي الأروية.

(٢) قال في «المصباح» ٢/ ٦٦٦: الوَعِل: قال ابن فارس: هو ذكر الأرْوَى، وهو الشاة الجبلية، وكذلك قال في «البارع»، وزاد: الأنثى وَعِلة، وهو بكسر العين، والجمع أوعال، مثل كبد وأكباد، والسكون لغة، والجمع وعول، مثل فلس وفلوس، وجمع الأنثى وِعال، مثل كلبة وكلاب. قلت: وبسكون العين معناه: الملجأ، كما في «مختار الصحاح» ص٣٤٢ نقلًا عن الأصمعي.

(٣) في (ج): وعند.

على حُرٍّ، مسلمٍ، مُقيمٍ، ....

وجهُ السُّنَّةِ: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إذا رَأيتُم هِلالَ ذِي الحِجّةِ وأَراد أَحَدُكم أن يُضحِّيَ: فلْيُمسِك عن شَعَره وأظفارِه»، رَواه مسلمٌ وآخرون(١)، والتَّعليقُ بالإرادة يُنافِي الوُجوبَ(٢).

ووجهُ الوُجوبِ: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَن وَجَد سَعةً فلم يُضَحِّ فلا يَقرَبَنَّ مُصلّانا»، رَواه أحمدُ وابنُ ماجه(٣)، ومِثلُ هذا الوَعيدِ لا يُلحَقُ بغَير الواجِبِ(٤).

وإنما تَجِبُ (على حُرٍّ) فلا تَجِبُ على العَبد (مسلمٍ) فلا تَجِبُ على كافِرٍ (مُقيم) فلا تَجِبُ على مُسافِرٍ؛ لقَول عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ليس على مُسافِرٍ جُمُعةٌ ولا أُضحيَةٌ(٥)، وعن مالِكٍ: لا تُشترَطُ الإقامةُ، ويَستَوي فيه المُقيمُ

---

(١) مسلم (١٩٧٧)، وأبو داود (٢٧٩١)، والترمذي (١٥٢١)، والنسائي (٤٣٦١)، وابن ماجه (٣١٥٠).

(٢) والجواب عليه ما ذكره في «التبيين» ٦/ ٣ من قوله: والمراد بالإرادة فيما روي ما هو ضد السهو، لا التخيير؛ لأنه غير مخير إجماعًا؛ لأن التخيير يقع في المباح.

(٣) رواه الإمام أحمد (٨٢٧٣)، وابن ماجه (٣١٢٣)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٢٠٧.

(٤) قال العلامة المنبجي رَحِمَهُ اللَّهُ في «اللباب في الجمع بين السنة والكتاب» ٢/ ٦٣١:
فإن قيل: قال أحمد بن حنبل رَحِمَهُ اللَّهُ: هذا حديث منكر، وقال الدارقطني: قد روي موقوفًا، والموقوف أصح.
قيل: كونه منكرًا يحتاج إلى دليل، وكونه موقوفًا لا يمنع صحة الاحتجاج به، لأن مثل هذا لا يقوله عن رأي... إلخ ما ذكره من الأدلة والمناقشات.

(٥) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢١١: غريب. انتهى، قلت: رواه ابن أبي شيبة عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (٥٠٥٩) دون ذكر الأضحية. وقال العلامة الزيلعي في «المنية» ص٥٥: =

مُوسِرٍ، عن نَفسه، لا عن طِفله.
شاةٌ، أو سُبُعُ بَدَنةٍ.

بالْمِصر والقُرى والبَوادِي (مُوسِرٍ) لأن العِبادةَ لا تَجِبُ إلا على القادِر، وهو الغنيُّ دون الفَقيرِ، ومِقدارُه: ما تَجِبُ فيه صَدَقةُ الفِطرِ[1].

وقولُه: (عن نَفسه) يَتعلَّق بقَوله: تَجِبُ؛ لأنه أصلٌ في الوُجوب عليه.

(لا) يَجِبُ عليه أن يُضحِّيَ (عن طِفله) أي أولادِه الصِّغارِ في ظاهِر الرِّوايةِ، كما لا يَجِبُ عليه أن يُضحِّيَ عن عَبده، وفي رِواية الحسَنِ عن أبي حنيفةَ: يَجِبُ عليه أن يُضحِّيَ عنه كصَدَقة الفِطرِ.

وتَجِبُ الأُضحيّةُ في مال الصَّغيرِ إذا كان له مالٌ، ويَأكُلُ منه ما أمكَنه، ويُبتاعُ له بالباقِي ما يَنتفِعُ بعَينه، وقِيل: يُضحِّي عنه الأبُ أو الوصيُّ من ماله عندَهما، وعندَ محمدٍ: من مالِ نَفسه لا من مال الصَّغيرِ، وبه قال زفرُ والشّافعيُّ، وقِيل: لا تجوزُ التَّضحِيةُ من مال الصَّغيرِ في قَولهم جَميعًا، والأصحُّ ما ذَكَرناه أوَّلًا.

وقولُه: (شاةٌ) بالرَّفع: بدَلٌ من الضَّمير الذي في قَوله: تَجِبُ؛ ليَكونَ بَيانًا للمِقدار الواجِبِ، ويجوزُ أن يَكونَ ارتِفاعُه بقَوله: يَجِبُ، وهو الأظهَرُ، والتَّقديرُ: ذَبحُ شاةٍ؛ لأن الواجِبَ هو إراقةُ الدَّمِ.

(أو سُبُعُ بَدَنةٍ) عطفٌ على قَوله: شاةٌ، والقِياسُ أن لا تجوزَ البَدَنةُ كلُّها

= رواه محمد في «الأصل» (٥/ ٤١٢).

(١) وهو نصاب الزكاة.

....

إلا عن واحِدٍ؛ لأن الإراقةَ قُربةٌ واحِدةٌ، وهي لا تَتجزَّأُ، إلا أنه تُرِك بما رُوِي عن جابِرٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أنه قال: نَحَرْنا مع رَسولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ البقَرةَ عن سَبعةٍ، والبَدَنةَ عن سَبعةٍ[1]، ولا نَصَّ في الشّاة، فبَقِي على أَصل القِياسِ.

وتجوزُ عن سِتّةٍ، أو خَمسةٍ، أو أربَعةٍ، أو ثَلاثةٍ، ذَكَره محمدٌ في «الأَصل»؛ لأنه لما جاز عن السَّبعة فعن مَن دونَه أَولى، ولا يجوزُ عن ثَمانيةٍ؛ لعَدَم النَّقلِ فيه، وكذا إذا كان نَصيبُ أحَدِهم أقلَّ من السُّبُع لا يجوزُ عن الكُلّ؛ لأن بعضَه إذا خَرَج مِن أن يَكونَ قُربةً يَخرُجُ كلُّه من أن يَكونَ قُربةً.

وقال مالِكٌ: تجوزُ الواحِدةُ عن أَهل بيتٍ واحِدٍ وإن كانُوا أكثَرَ من سَبعةٍ، ولا تجوزُ عن أَهل بَيتَين وإن كانُوا أقلَّ منها؛ لقَولِه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «على أَهل كُلِّ بيتٍ في كلِّ عامٍ أُضحاةٌ وعَتيرةٌ[2]»[3]،

---

(١) مسلم (١٣١٨)، وروى أبو داود (٢٨٠٨) عن جابر بن عبد الله: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «البقرة عن سبعة، والجزور عن سبعة».

(٢) العتيرة: ذبيحة كانت تذبح في رجب، يتقرب بها أهل الجاهلية، والمسلمون في صدر الإسلام، فنسخ. «المغرب» ص٣٠٣.

وقال في «التبيين» ٦/٣: والعتيرة منسوخة، وهي شاة كانت تذبح في رجب في ابتداء الإسلام. انتهى.

وقال الشلبي: وقال الإتقاني نقلًا عن «المغرب»: والعتيرة ذبيحة كانت تذبح في رجب، يتقرب بها أهل الجاهلية، والمسلمون في صدر الإسلام، فنسخت. اهـ.

(٣) رواه الإمام أحمد (١٧٨٨٩)، وأبو داود (٢٧٨٨)، والترمذي (١٥١٨)، والنسائي =

فَجر يومِ النَّحرِ، إلى آخِرِ أيّامِه.

قُلنا: المُرادُ منه -واللهُ أعلمُ-: قَيِّمُ أهلِ البيتِ، يُؤيِّدُه ما رُوِي: «على كلِّ مسلمٍ في كلِّ عامٍ أُضحاةٌ وعَتيرةٌ»(١).

ولو كانَت البَدَنةُ بين اثنَين نِصفان يجوزُ في الأصحّ؛ لأن نِصفَ السُّبُعِ يَكونُ تَبَعًا لثَلاثة الأسباعِ، وإذا جاز على الشُّركة فقِسمةُ اللَّحمِ بالوَزن؛ لأنه مَوزونٌ، ولو اقتَسَموه جُزافًا لا يجوزُ، إلا إذا كان معه شيءٌ من الأكارِع والجِلدِ، كالبَيع(٢).

والوُجوبُ في (فَجر يومِ النَّحرِ) ولما حُذِفت كَلِمةُ: (في) انتَصَب على الظَّرفيّة (إلى آخِرِ أيّامِه) أي أيّامِ النَّحرِ، وهي ثَلاثةُ أيّامٍ؛ لِما رُوِي عن عمرَ وعليٍّ وابنِ عبّاسٍ وأنسٍ وأبِي هُرَيرةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُم أنهم قالُوا: أيّامُ النَّحرِ ثَلاثةٌ، أفضَلُها أوَّلُها(٣)، وطَريقُ هذا السَّمعُ، فكان كالمَرويِّ عنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ.

= (٤٢٢٤)، وابن ماجه (٣١٢٥).

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢١١: رواية غريبة، وجهل من استشهد بحديث مخنف بن سليم المتقدم. انتهى، يقصد الحديث السابق، وقال في «الدراية» ٢/ ٢١٤: لم أقف عليه بهذا اللفظ.

(٢) فينصرف كل جنس إلى خلاف جنسه.

(٣) قال في «الدراية» ٢/ ٢١٥: أما عمر: فلم أره، وأما علي فذكره مالك في «الموطأ» (٢٨٧) عنه بلاغًا، وأما ابن عباس: فلم أجده، لكن في «الموطأ» (٢/ ٤٨٧) عن نافع عن ابن عمر أنه كان يقول: الأضحى يومان بعد يوم النحر. انتهى، وقال العلامة الزيلعي في «المنية» ص٥٥: روى الطحاوي في «الأحكام» (٢/ ٢٠٥) =

ولا يَذبَحُ مِصريٌّ قبلَ الصَّلاةِ، وذَبَح غيرُه قبلَ الصَّلاةِ.

وقال الشّافعيُّ: ثَلاثةُ أيّامٍ بعدَ يومِ النَّحرِ، فهي أربَعةُ أيّامٍ عندَه.

(**ولا يَذبَحُ مِصريٌّ قبلَ الصَّلاةِ**) أي صَلاةِ العيدِ؛ لقَوله عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلَامُ: «مَن ذَبَح قبلَ الصَّلاةِ فليُعِد ذَبيحتَه»[1]، وهذا الشَّرطُ مَخصوصٌ بمن تَجِبُ عليه صَلاةُ العيدِ.

(**وذَبَح غيرُه**) أي غيرُ المِصريِّ، كأهل القُرى (**قبلَ الصَّلاةِ**).

= أثرَ عليٍّ وابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا

قال المصنف في «البناية» ١٢/ ٢٨: (ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أنهم قالوا: أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها) قال الزيلعي في «تخريج أحاديث الهداية»: هذا غريب جدًّا، يعني عن هؤلاء الأصحاب الثلاثة. وليس كذلك.

قال الكرخي في «مختصره»: حدثنا أبو بكر محمد بن الجنيد، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا هشيم، قال: أخبرنا ابن أبي ليلى، عن المنهال ابن عمرو، عن زر بن حبيش، وعباد بن عبد الله الأسدي، عن علي رضي الله تعالى عنه: أنه كان يقول: أيام النحر ثلاثة أيام، أولهن أفضلهن.

وعن ابن عباس وعن ابن عمر مثله، قال: النحر ثلاثة أيام أولها أفضلها.

وروي: النحر ثلاثة أيام: عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وأنس بن مالك، وسعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير، وعن الحسن، وعن إبراهيم النخعي.

وقال محمد في كتاب «الآثار»: أخبرنا أبو حنيفة، عن حماد، عن إبراهيم، عن علقمة، قال: الأضحى ثلاثة أيام، يوم النحر ويومان بعده.

وحديث مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في «الموطأ» عن نافع عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه كان يقول: الأضحى يومان بعد يوم الأضحى.

وفي «سنن» البيهقي عن قتادة عن أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: الذبح بعد يوم النحر يومان.

(١) رواه البخاري (٩٥٤)، ومسلم (١٩٦٠).

ويُضحّى بالجَمّاء، والخَصِيّ، والثَّولاءِ.

وعند مالِكٍ وأحمدَ: أهلُ المِصرِ لا يَذبَحون قبلَ ذَبحِ الإمامِ أيضًا، وعندَ الشّافعيِّ: صحَّ قبلَ الصَّلاةِ لو مَضى من الوَقت قَدْرُ ما يُصلّي رَكعتَين مع خُطبتَين.

(ويُضحّى بالجَمّاء) وهي التي لا قَرْنَ لها؛ لأن القَرْنَ لا يَتعلَّقُ به مَقصودٌ، وكذا مَكسورةُ القَرْنِ، بل أولى؛ لِما قُلنا.

(والخَصِيّ) لما صحَّ أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ضَحّى بكَبشَين أملَحَين مَوجُوأين[1].

الأملَحُ: الذي فيه مُلحةٌ، وهو البَياضُ الذي يَشُقُّه[2] شُعَيراتٌ سُودٌ، وهي من لَون المِلح، والمَوجوءُ: المَخصِيُّ، من الوِجاء، وهو أن تُضرَبَ عُروقُ الخِصيةِ بشيءٍ، هكذا قالَه الشّارحُ.

قُلتُ: المَخصِيُّ: مَنزوعُ الخِصيتَين، والمَوجوءُ: الذي تُلوى عُروقُ الخِصيةِ، فيَصيرُ كالخَصِيّ، وعن أبي حنيفةَ: أن الخَصِيَّ أولى؛ لأن لحمَه أطيَبُ.

(والثَّولاءِ[3]) وهي المَجنونةُ، إن كانَت سَمينةً ولم يَمنَعها[4] من السَّوم والرَّعيِ، وإن كان يَمنَعُها منه لا يجوزُ.

(١) رواه أبو داود (٢٧٩٥)، ابن ماجه (٣١٢٢)، وبدون ذكر الوجاء رواه البخاري (٥٥٥٨)، ومسلم (١٩٦٦).

(٢) كذا في (أ) و«التبيين» ٦/ ٥، وفي (ج): معه، وفي الباقي: سَبَغه.

(٣) في سوى (ح): التولاء. (٤) أي جنونها.

لا بالعَمياء، والعَوراءِ، والعَجفاءِ، والعَرجاءِ، ....

وكذا الجَرباءُ إذا كانَت سَمينةً ولم يَتلَف جِلدُها: جاز.

(لا) يُضحَى (بالعَمياء) وهي الذّاهِبةُ العَينَين (والعَوراءِ) وهي الذّاهِبةُ إحدى العَينَين (والعَجفاءِ) أي المَهزولةِ (والعَرجاءِ) التي لا تَمشي إلى المَنسَك، أي المَذبَحِ، لِما رُوِي عن البَراء بنِ عازِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال: «لا تجوزُ في الأضاحِيِّ العَوراءُ البَيِّنُ عَوَرُها، والمَريضةُ البَيِّنُ مَرَضُها، والعَجفاءُ البَيِّنُ عَجَفُها، والعَرْجاءُ البَيِّنُ ظَلْعُها[1]، والكَسيرةُ[2] التي لا تُنقِي»، رَواه أبُو داوُدَ والتِّرمذيُّ وصَحَّحه[3].

---

(١) في الأصول كلها: ضلعها، والمثبت من نص الحديث ومن «التبيين» ٦/ ٥، وقد وردت بالضاد في «المنتقى» لابن الجارود (٩٠٧)، و«مسند» الروياني (٤٠١)، و«شرح معاني الآثار» (٦١٨٨).

(٢) في سوى (د): الكبيرة، وكذلك هي في «التبيين» ٦/ ٥ ورواية الدولابي في «الكنى والأسماء» (١١٩٧)، والمثبت موافق لنص السنن.

(٣) أبو داود (٢٨٠٢)، والترمذي (١٤٩٧)، والنسائي (٤٣٧٠)، وابن ماجه (٣١٤٤). قال الزرقاني في «شرح الموطأ» ٣/ ١٠٧: العوراء: بالمد، تأنيث أعور، البين عورها: وهو ذهاب بصر إحدى عينيها، فإن كان بها بياض قليل على الناظر لا يمنعها الإبصار أو كان على غير الناظر أجزأت، قاله محمد عن مالك، وهو مفهوم الحديث، والمريضة البين مرضها: بأي مرض كان، بشرط وضوحه، فهو عام عطف عليه خاصًا بقوله: والعجفاء.. بالمد، مؤنث أعجف: الضعيفة، التي لا تنقي: بضم الفوقية وإسكان النون وقاف؛ أي: لا نُقْيَ لها، والنُّقْيُ الشحم، وكذا جاء في بعض روايات الحديث، وفي رواية قاسم بن أصبغ: والكسيرة التي لا تُنقي: يريد التي لا تقوم ولا تنهض من الهزال، وهذه العيوب الأربع مجمع =

ومَقطوعِ أكثَرِ الأُذُنِ أو الذَّنَبِ أو العَينِ أو الأليةِ.

(و) لا يُضحّى أيضًا بما هو (مَقطوعِ أكثَرِ الأُذُنِ أو الذَّنَبِ أو العَينِ أو الأليةِ) لقَول عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أمَرَنا رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن نَستشرِفَ العَينَ والأُذُنَ، وأن لا نُضحّيَ بمُقابِلةٍ ولا مُدابِرةٍ ولا شَرْقاءَ ولا خَرْقاءَ، رَواه أبُو داوُدَ والتِّرمذيُّ وصَحَّحه[1].

الْمُقابَلةُ: قُطِع من مُقدَّم أُذُنِها، والْمُدابَرةُ: قُطِع من مُؤْخَرها، والشَّرقاءُ: أن يَكونَ الخَرْقُ في أُذُنها طُولًا[2]، والخَرقاءُ: أن يَكون عَرضًا.

وقَيَّد بقَوله: (أكثَر الأُذُن): لأنه إن بَقِي أكثَرُها جاز، وكذا أكثَرُ الذَّنَب؛ لأن للأكثَر حُكمَ الكلِّ، وعن أبي حنيفةَ: أن الثُّلُثَ إذا ذَهَب وبَقِي الثُّلُثان: يجوزُ، وإن ذَهَب أكثرُ من الثُّلُث لا يجوزُ، ويُروى عنه: الرُّبُع؛ لأنه يَحكي حِكايةَ الكلِّ، ويُروى أن ذَهابَ الثُّلُث مانِعٌ.

وقالا: إذا بَقِي أكثَرُ من النِّصف أجزَاه، وهو اختِيارُ أبِي اللَّيث، وفي كَون النِّصفِ مانِعًا رِوايَتان عنهما.

ثم قولُه: (مَقطوعُ الأكثَر): ظاهِرٌ في الأُذُن والذَّنَب والأَلْيةِ، غيرُ ظاهِرٍ

= عليها، وما في معناها داخل فيها، ولا سيما إذا كانت العلة فيها أبين، فإذا لم تجز العوراء والعرجاء فالعمياء والمقطوعة الرجل أحرى. انتهى.

(١) الإمام أحمد (٨٥١) أبو داود (٢٨٠٤)، والترمذي (١٤٩٨)، والنسائي (٤٣٧٣)، وابن ماجه (٣١٤٢)، ولفظ الأخير: نهى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يضحى...

(٢) في سوى (أ): طويلًا.

والأُضحيَةُ من: الإبِلِ، والبقَرِ، والغنَمِ.

في العَين؛ لأنه لا يُقالُ: مَقطوعُ أكثَرِ العَينِ، بل يُقالُ: ذاهِبُ أكثَرِ العَينِ، وإنما ذَكَره هكذا للاختِصار، والمُرادُ منه ذاهِبُ الأكثَرِ من العَين، أو أطلَق القطعَ على الذَّهاب مَجازًا.

ثم مَعرِفةُ مِقدارِ الذّاهِبِ والباقِي مُتيسِّرٌ في غَير العَينِ، وفي العَين قالُوا: تُشَدُّ عَينُها المَعيبةُ بعد أن جاعَت[1]، ثم يُقرَّبُ العلَفُ إليها قَليلًا قَليلًا، فإذا رأَتْه في مَوضِعٍ أعلِم[2] على ذلك المَوضِعِ، ثم تُشَدُّ عَينُها الصَّحيحةُ، ويُقرَّب العلَفُ إليها شيئًا فشيئًا، حتى إذا رأَتْه من مَكانٍ أُعلِم عليه، ثم يُنظَرُ ما بينَهما من التَّفاوُت، فإن كان نِصفًا أو ثُلُثًا أو غيرَ ذلك: فالذّاهِبُ هو ذلك القَدْرُ.

ولا تجوزُ الهَتْماءُ، وهي: التي لا أسنانَ لها، ولا السَّكّاءُ، وهي: التي لا أُذُنَ لها خِلقةً، وإن كان صَغيرًا يجوزُ، ولا الجَلّالةُ، وهي: التي تَأكُلُ العَذِرةَ، ولا تَأكُلُ غيرَها، ولا الجَذّاءُ، وهي: المَقطوعةُ ضَرعُها، ولا المُصرَّمةُ، وهي: التي لا تَستطيعُ أن تُرضِعَ فَصيلَها، ولا الجَدّاءُ[3]، وهي: التي يَبِس ضَرعُها.

(والأُضحيّةُ) تَكونُ (من الإبِل والبقَرِ والغنَمِ) لأنها عُرِفت بالنَّصِّ على خِلاف القِياس، فيُقتصَرُ عليها.

---

(١) في (ب) و(د): ضاعت. (٢) في (ز) و(ح): علم.

(٣) في (أ): الجراء، وفي (ب) و(ج) و(د): الحراء، وفي (هـ): الجزاء، والمثبت من (ز) و(ح). وانظر «التبيين» ٦/٦.

وجاز الثَّنِيُّ من الكلّ، والجَذَعُ من الضَّأن.
وإن مات أحدُ السَّبعةِ، وقالَت الوَرَثةُ: اذبَحوها عنه ....

ويجوزُ بالجامُوس؛ لأنه نوعٌ من البَقَر، وبالبَغل الذي أُمُّه بقَرةٌ، وبالظَّبي الذي أُمُّه شاةٌ؛ لأن الاعتِبارَ للأُمّ، كما ذَكَرناه.

(**وجاز الثَّنِيُّ من الكلّ**) لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**لا تَذبَحوا إلا مُسِنّةً، إلا أن يَعسُرَ عليكم فتَذبَحوا جَذَعةً من الضَّأن**»، رَواه البُخاريُّ ومسلمٌ وآخَرون[(١)].

والثَّنِيُّ من الْمَعْز والضَّأنُ: ابنُ سنةٍ، ومن البَقَر: ابنُ سَنتَين، ومن الإبِل: ابنُ خمسِ سِنينَ.

(و) جاز (**الجَذَعُ من الضَّأن**) لا غيرُ، وهو ما تَمَّت له سِتّةُ أشهُرٍ عند الفُقَهاءِ، وذَكَر الزَّعفَرانيُّ أنه ابنُ سَبعةِ أشهُرٍ، وعن الزُّهريّ: الجَذَعُ من الْمَعْز لسَنةٍ[(٢)]، ومن الضَّأن لثَمانية أشهُرٍ.

(**وإن مات أحدُ السَّبعةِ**) الذين تَشارَكوا في البَدَنة (**وقالَت الوَرَثةُ**) أي وَرَثةُ الذي[(٣)] مات منهم (**اذبَحوها**) أي البَدَنةَ (**عنه**) أي عن الميْت

---

(١) مسلم (١٩٦٣)، وأبو داود (٢٧٩٧)، والنسائي (٤٣٧٨)، وابن ماجه (٣١٤١). ولم أقف عليه في البخاري بلفظه، وإنما بمعناه، وهو ما رواه (٥٥٤٧) عن عقبة بن عامر الجهني، قال: قسم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بين أصحابه ضحايا، فصارت لعقبة جَذَعةٌ، فقلت: يا رسول الله، صارت لي جذعة، قال: «ضَحِّ بها».

(٢) في (ح): لستة.

(٣) في (ب) و(هـ): الذين.

وعنكم: صحَّ.

وإن كان شَريكُ السّتة نَصرانيًا، أو مُريدَ اللّحم: لم يَجُز عن واحِدٍ منهم.

ويَأكُلُ من لَحم الأُضحيةِ، ويُؤكِلُ غَنيًا، ويَدَّخِرُ.

(وعنكم: صحَّ) ذبحُها عن الجَميع؛ لوُجود قصدِ القُربةِ من الكلّ، والتَّضحيةُ عن الغَير عُرِفت قُربةً؛ لأنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ضَحّى عن أُمّته[1]، واختِلافُ الجِهاتِ لا يَضُرُّ، كالقِران، والمُتعةِ، والأُضحيّةِ؛ لاتّحاد المَقصودِ، وهو القُربةُ.

ولو ذَبَحوها بغَير إذنِ الوَرَثةِ لا يُجزِيهم؛ لأن بعضَها لم يَقَع قُربةً.

(وإن كان شَريكُ السّتة[2] نَصرانيًا، أو مُريدَ اللَّحمِ: لم يَجُز عن واحِدٍ منهم) لعَدَم القُربةِ من النَّصرانيّ؛ لأنه ليس من أهلها، وكذا مُريدُ اللَّحم، فإذا لم يَقَع البعضُ قُربةً خَرَج الكلُّ من أن يَكونَ قُربةً؛ لأن الإراقةَ لا تَتجزَّأ.

(ويَأكُلُ) المُضحّي (من لَحم الأُضحيّةِ، ويُؤكِلُ غَنيًّا، ويَدَّخِرُ) لما رُوِي أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عن أكل لُحومِ الضَّحايا بعد ثَلاثٍ، ثم قال: «كُلُوا، وتَزوَّدوا، وادَّخِروا»، رَواه مسلمٌ والنَّسائيُّ[3]، وإذا جاز أن يَأكُلَ منه وهو غنيٌّ فأولى أن يجوزَ له إطعامُ غيرِه، وإن كان غنيًّا.

---

(١) رواه الإمام أحمد (١١٠٥١)، أبو داود (٢٨١٠)، والترمذي (١٥٢١)، وابن ماجه (٣١٢١).

(٢) في سوى (ب): شريك السبعة. قال مولانا مسكين في «شرحه» ٣/ ٣٨٢: وفي بعض النسخ: شريك السبعة، ولكلٍّ وجه، يعني أحد السبعة.

(٣) رواه البخاري (٥٥٦٩)، ومسلم (١٩٧٢).

ونُدِب أن لا يُنقِصَ الصَّدَقةَ من الثُّلُث.

ويَتصدَّقُ بجِلدها، أو يَعمَلُ منه نحوَ غِربالٍ، وجِرابٍ، ونُدِب أن يَذبَحَ بيَده إن عَلِم ذلك.

(ونُدِب) أي استُحِبَّ (أن لا يُنقِصَ الصَّدَقةَ من الثُّلُث) لأن الجِهاتِ ثَلاثٌ: الإطعامُ، والأكلُ، والادِّخارُ؛ لما رَوَينا، وهذا في الأُضحيّة الواجِبةِ والسُّنّةِ سواءٌ، وإن كانَت واجِبةً بالنَّذر فليس لصاحِبها أن يَأكُلَ منها شيئًا، ولا أن يُطعِمَ غيرَه من الأغنياء، سواءٌ كان النّاذِرُ غنيًّا أو فَقيرًا.

(ويَتصدَّقُ) الْمُضحِّي (بجِلدها) أي بجِلد الأُضحيّةِ؛ لأنه جُزءٌ منها (أو يَعمَلُ منه) أي من الجِلد (نحوَ غِربالٍ وجِرابٍ) وقِربةٍ، وسُفرةٍ، ودلوٍ، أو يُشترَى به شيءٌ من هذه الأشياءِ؛ لأن للبَدَل حُكمَ الْمُبدَلِ، ولا يَشْتَرِي به ما لا يُنتفَعُ به إلا بعد الاستِهلاكِ، نحوُ اللَّحمِ والطَّعامِ، ولا يَبيعُه بالدَّراهِم ليُنفِقَ الدَّراهِمَ على نَفسه وعِيالِه.

والْمَعنى: أنه لا يَتصرَّفُ على قَصد التَّموُّلِ، واللَّحمُ بمَنزِلة الجِلدِ في الصَّحيح، حتى لا يَبيعُه بما لا يُنتفَعُ به إلا بعد الاستِهلاكِ، ولو باعَها بالدَّراهِم ليَتصدَّقَ بها جاز؛ لأنه قُربةٌ، كالتَّصدُّق باللَّحم والجِلدِ.

(ونُدِب) أي استُحِبَّ (أن يَذبَحَ) الأُضحيّةَ (بيَده إن عَلِم ذلك) أي الذَّبحَ، وإن أَمَر به غيرَه فلا يَضُرُّ، وإن كان لا يَعلَمُ ذلك فالأفضَلُ أن يَستعينَ بغَيره؛ كي لا يَجعَلَها مَيْتةً، ولكن يَنبَغي أن يَشهَدَها بنَفسه؛

وكُرِه ذَبحُ الكِتابيِّ.

ولو غَلِطا وذَبَح كلٌّ أُضحيّةَ صاحِبِه: صحَّ، ولا يَضمَنانِ.

لقَوله عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لفاطِمةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: «قُومِي فاشهَدي أُضحِيّتَكِ، فإنه يُغفَرُ لكِ بأوَّل قَطرةٍ من دَمها كلُّ ذَنبٍ»(١).

(وكُرِه ذَبحُ الكِتابيِّ) لأنه قُربةٌ، وهو ليس من أهلها، ولو أمَره فذَبَح: جاز؛ لأنه من أهل الذَّكاةِ، بخِلاف المَجوسيِّ.

(ولو غَلِطا) أي الاثنان من أصحاب الأضاحيِّ إذا غَلِطا (وذَبَح كلّ) واحِدٍ منهما (أُضحيّةَ صاحِبِه: صحَّ) ذَبحهُما عن الأُضحيّة (ولا يَضمَنان) استِحسانًا، والقِياسُ أن لا يجوزَ، ويَضمَنَ كلٌّ منهُما لصاحِبه، وهو قولُ زفَرَ؛ لأنه مُتعدٍّ بالذَّبح بغَير أمرِه، فيَضمنُ.

وجهُ الاستِحسانِ: أنها تَعيَّنت للذَّبح؛ لتَعيُّنها للأُضحيّة، حتى وَجَب عليه أن يُضحِّيَ بها بعَينها في أيّام النَّحرِ، ويُكرَهُ أن يُبدِلَ بها غيرَها، فصار المالِكُ مُستَعينًا بمن يَكونُ أهلًا للذَّبح، فصار مَأذونًا له دَلالةً.

ثم إذا جاز.. يَأخُذُ كلُّ واحِدٍ منهما أُضحيّتَه إن كانَت باقِيةً، ولا يَضمَنُه؛ لأنه وَكيلُه، فإن كان كلُّ واحِدٍ أكَل ما ذَبَحه يُحلِّلُ كلُّ واحِدٍ صاحِبَه، فيُجزِئُه؛ لأنه لو أطعَمه الكلَّ في الابتِداء يجوزُ، وإن كان غنيًّا فكذا له أن يُحَلِّلَه في الانتِهاء(٢)، ....

(١) رواه الطبراني (٦٠٠)، والحاكم (٧٥٤٢)، والبيهقي (١٠٢٢٥).

(٢) أي لأن كل واحد منهما لو أطعم صاحبه في ابتداء الأمر من أضحيته في غير صورة =

....

وإن تَشاحّا[1] كان لكلٍّ واحِدٍ منهما أن يُضمِّنَ صاحِبَه قِيمةَ لحمِه، ثم يَتصدَّقَ بتلك القِيمةِ؛ لأنها بَدَلٌ عن اللَّحم.

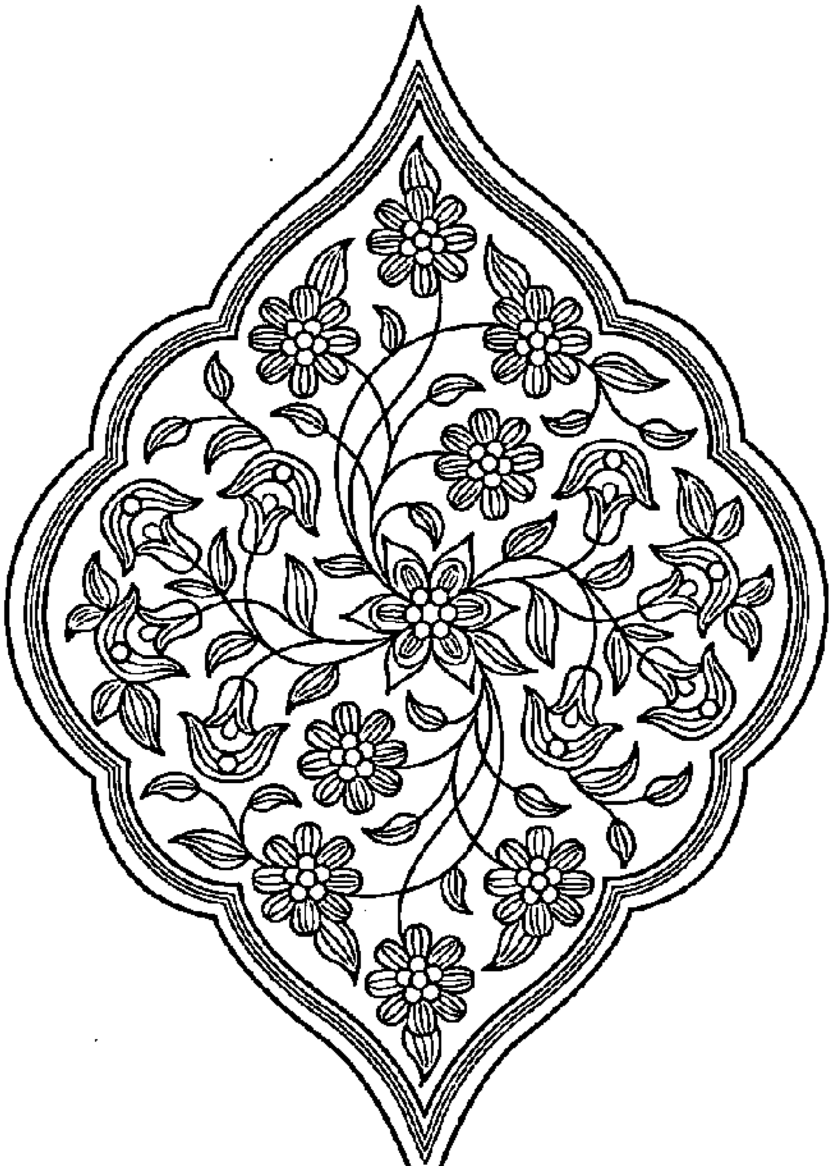
ومَن غَصَب شاةً، فضَحّى بها: ضَمِن قِيمتَها، وجاز عن أُضحيّته؛ لأنه مَلَكها بالغَصب السّابقِ، بخِلاف ما لو كانَت وَديعةً؛ لأنه يَضمَنُها بالذَّبح، فلم يَثبُت له الْمِلكُ إلا بعدَه.

ولو ذَبَح أُضحيّةَ غيرِه بغَير أمرِه عن نَفسه.. فإن ضَمَّنه المالِكُ قِيمتَها: يجوزُ عن الذّابِح دون المالِكِ؛ لأنه ظَهَر أن الإراقةَ حَصَلت على مِلكه، وإن أَخَذها مَذبوحةً أجزَأت المالِكَ عن الأُضحيّة؛ لأنه قد نَواها، فلا يَضُرُّه ذَبحُها[2] غيرُه على ما بَيَّنّا، والله أعلمُ.

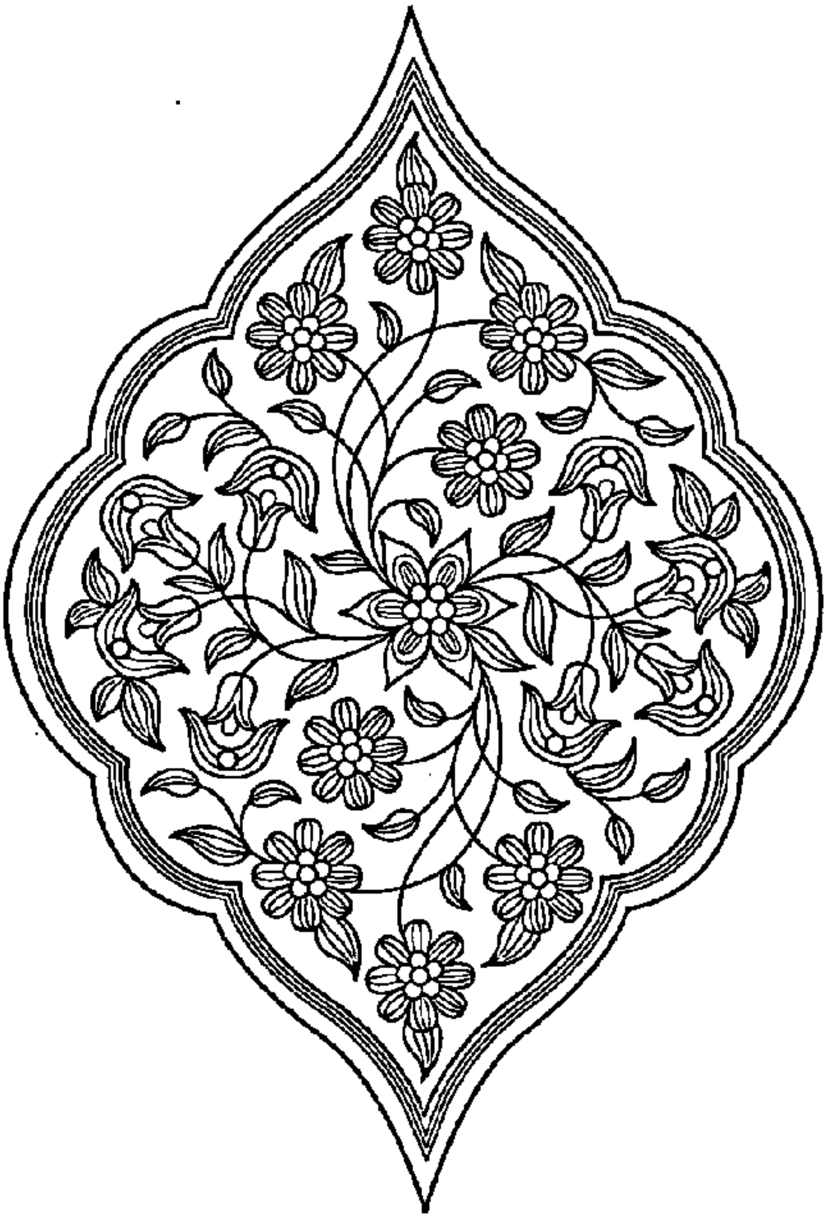
= الغلط كان يجوز ذلك، وإن كان صاحبه غنيًّا، فكذا له ذلك في الانتهاء بأن يحلّه؛ لأن حكم الابتداء حكم الانتهاء. «البناية» ١٢/ ٦٢.

(١) أي تنازعا وتخاصما، ولم يحلل كلٌّ منهما صاحبه. «البناية» ١٢/ ٦٣.

(٢) في (ح): ذبح.



كتاب الكراهية



كِتاب الكَراهِيَةِ

الْمَكروهُ إلى الحَرام أقرَبُ، ....

هذا (كِتاب) في بَيان أحكامِ (الكَراهِيَةِ)

هي ضِدُّ الإرادةِ والرِّضا في اللُّغة.

وإنما لَقَّبه بكتاب[1] الكَراهِيَةِ وإن كان فيه غيرُ مَكروهٍ: لأن بَيانَ الْمَكروهِ أهمُّ؛ لوُجوب الاحتِرازِ عنه.

ولَقَّبه القُدُوريُّ بالحَظر والإباحةِ، وهو حسَنٌ[2]؛ لأن الحَظرَ المنعُ، والإباحةَ الإطلاقُ، وفيه بَيانُ ما أَباحه الشَّرعُ وما مَنَعه.

ولَقَّبه بعضُهم بالاستِحسان؛ لأن فيه بَيانَ ما حَسَّنه الشّارعُ وقَبَّحه.

وبعضُهم بكِتاب الزُّهدِ والوَرَعِ؛ لأن كَثيرًا من مَسائِله أطلَقه الشَّرعُ، والزُّهدُ والورَعُ تركُها.

(الْمَكروهُ) ما يَكونُ تركُه أَولى من تَحصيله، وقِيل: ما يَكونُ الأَولى أن لا يُفعَلَ[3]، وهو (إلى الحَرام أقرَبُ) عندَهما؛ لتَعارُض الأدِلّةِ فيه، وتَغليبِ جانِبِ الحُرمةِ فيه.

---

(١) في سوى (أ): بباب.
(٢) في (ز) و(ح): أحسن.
(٣) في (أ) و(هـ): لا يفعله.

ونَصَّ محمدٌ أن كلَّ مَكروهٍ حَرامٌ.

(ونَصَّ محمدٌ أن كلَّ مَكروهٍ حَرامٌ) لأنه لما لم يَجِد فيه نصًا لم يُطلِق عليه الحُرمةَ، إلا أنه إذا وَجَد نصًا يُثبِتُ القولَ في الْمَنصوص بالتَّحريم أو التَّحليلِ، وفي غَير الْمَنصوصِ يقولُ[1] في الحِلّ: لا بأسَ به، وفي الحُرمة: أكرَهُ، أو: لم يُؤكَل.

والحَرامُ: هو الْمَمنوعُ شرعًا، والحَلالُ: هو الْمُطلَقُ بالإذن شرعًا.

(١) في (أ) و(د): نقول.

فصلٌ في الأكلِ والشُّربِ

كُرِه لبَنُ الأتانِ، ....

هذا (فصلٌ في) بَيان أحوالِ

(الأكلِ والشُّربِ) ما يَحرُمُ منهما وما يُباحُ وما يُكرَهُ

(كُرِه لبَنُ الأتانِ[1]) لأنه مُتولِّدٌ من اللَّحم، فصار مِثلَه.

وكذا لبَنُ الخَيلِ يُكرَهُ -كلَحمه- عند أبي حنيفةَ، ذَكَره قاضِي خانَ، وقد مرَّ بَيانُه، وكذا أكلُ لحمِ الإبِلِ والبقَرِ الجَلّالةِ[2]، وشُربُ لبَنِهما.

وفي «المُنتقى»: إنما تَكونُ جَلّالةً إذا تَغيَّرت ونَتِنت، فوُجِدت منها رائِحةٌ مُنتِنةٌ، فإن حُبِست في مَكانٍ طاهِرٍ وعُلِفت: حَلَّت، وكان أبو حنيفةَ لا يُؤقِّتُ لحَبسها، ويَقولُ: تُحبَسُ حتى تَطيبَ ويَذهَبَ نَتْنُها،

(١) الأتان أنثى الحمار، «المصباح» ١/ ١٥٠.

(٢) قال في «التبيين» ٦/ ١٠: الجَلّالة هي التي تعتاد أكل الجيف والنجاسات، ولا تخلط، فيتغير لحمُها فيكون منتنًا، ولو حبست حتى يزول النتن حلت، ولم تقدر لذلك مدة في الأصل، وقدره في «النوادر» بشهر، وقيل: بأربعين يومًا في الإبل، وبعشرين يومًا في البقر، وبعشرة أيام في الشاة، وثلاثة أيام في الدجاجة، أما التي تخلط بأن تتناول النجاسة والجيف، وتتناول غيرها على وجه لا يظهر أثر ذلك في لحمها: فلا بأس به، ولهذا يحل أكل لحم جدي غذي بلبن الخنزير؛ لأن لحمه لا يتغير، وما غذي به يصير مستهلكًا لا يبقى له أثر، وعلى هذا قالوا: لا بأس بأكل الدجاج؛ لأنه يخلط ولا يتغير لحمه، وروي أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كان يأكل الدجاج، وما روي أن الدجاج يحبس ثلاثة أيام ثم يذبح فذاك على سبيل التنزه لا أنه شرط.

والأكلُ، والشُّربُ، والادِّهانُ، والتَّطيُّبُ. . من إناءِ ذهَبٍ وفِضّةٍ، للرَّجُل والْمَرأةِ، ....

كذا في «التَّتِمَّة»، وقِيل: يُقَدَّرُ في الإبِل بأربَعين يومًا، وفي البَقَر بعِشرين، وفي الشّاة بعَشَرةٍ، وفي الدَّجاجة بثَلاثة أيّام.

ولو رَضَع جَدْيٌ لبَنَ الخِنزيرِ فهو كالجَلّالة، وفي «فَتاوى» الوَلْوالِجيِّ: لو أن جَدْيًا غُذِي بلَبَن الخِنزيرِ فلا بأسَ بأكله؛ لأنه لم يَتغيَّر لحمُه، وما غُذِي به صار مُستهلَكًا لم يَبقَ أثَرُه، وعلى هذا نَقولُ[1]: لا بأسَ بأكل الدَّجاجةِ التي تَخلِطُ بالعَذِرة غيرَها؛ لأنه لا يُغيِّرُ لحمَها، والذي يُروى: أنه تُحبَسُ الدَّجاجةُ ثَلاثةَ أيّامٍ: فذاك على سَبيل التَّنزُّهِ[2].

(و) كُرِه (الأكلُ والشُّربُ، والادِّهانُ والتَّطيُّبُ.. من إناءِ ذهَبٍ وفِضّةٍ، للرَّجُل والْمَرأةِ) لما رُوِي عن حُذَيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: سَمِعتُ رَسولَ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقولُ: «لا تَلبَسوا الحَريرَ ولا الدِّيباجَ[3]، ولا تَشرَبوا في آنِية الذَّهَبِ والفِضّةِ، ولا تَأكُلوا في صِحافها؛ فإنها لهم في الدُّنيا، ولكم في الآخِرة»، رَواه البُخاريُّ ومسلمٌ[4].

---

(١) في (أ) و(ج): يقول، وفي (ب) و(هـ) و(ز) و(ح): القول. وفي (د): غير منقوطة، والمثبت من «المبسوط» ١١/ ٢٥٦.

(٢) في (ز) و(ح): التنزيه.

(٣) الديباج: ثوب سداه ولحمته إبريسم، ويقال هو معرب. «المصباح» ١/ ١٨٨.

(٤) رواه البخاري (٥٤٢٦) ومسلم (٢٠٦٧).

لا من رَصاصٍ، وزُجاجٍ، وبِلَّورٍ، وعَقيقٍ.
وحلَّ الشُّربُ من إناءٍ مُفضَّضٍ، ....

فإذا ثَبَت ذلك في الأكل والشُّربِ فكذا في التَّطيُّب وغيرِه؛ لأنه مِثلُه في الاستِعمال، ويَستَوي فيه الرِّجالُ والنِّساءُ؛ لإطلاق الحَديثِ، وكذا الأكلُ بمِلعَقة الذَّهَبِ والفِضّةِ، والاكتِحالُ بمِيلهما، والْمِرآةُ، والْمِجمَرةُ، وما أشبَه ذلك.

وفي «الذَّخيرة»: الادِّهانُ الْمُحرَّمُ أن يَأخُذَ آنِيةَ الذَّهَبِ والفِضّةِ، ويَصُبَّ الدُّهنَ على الرَّأس منهما، أما إذا أدخَل يدَه، وأخَذ الدُّهنَ، ثم صَبَّه على الرَّأس من اليَد: لا يُكرَهُ.

(لا) يُكرَهُ الأكلُ والشُّربُ، والادِّهانُ والتَّطيُّبُ (من رَصاصٍ، وزُجاجٍ، وبِلَّورٍ، وعَقيقٍ) وقال الشّافعيُّ: يُكرَهُ جَميعُ ذلك؛ لوُقوع التَّفاخُرِ بها، قُلنا: لا نُسلِّمُ، ولئن سَلَّمنا فهي ليست في مَعنى الذَّهَبِ والفِضّةِ، فلم تُلحَق بهما.

ويجوزُ استِعمالُ الأواني من الصُّفْرِ؛ لما ثَبَت في البُخاريِّ وغيرِه أنه عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ تَوضَّأ من تَورٍ من صُفرٍ[1].

(وحلَّ الشُّربُ من إناءٍ مُفضَّضٍ) أي مُزوَّقٍ بالفِضّة ....

(١) رواه البخاري (١٩٧)، وأبو داود (١٠٠).
والتور: هو إناء من صفر أو حجارة كالإجانة، وقد يتوضأ منه. «النهاية» ١/ ١٩٩.
والصفر: نحاس يعمل منه الأواني. «مختار الصحاح» ص١٧٦.

والرُّكوبُ على سَرْجٍ مُفضَّضٍ، والجُلوسُ على كُرسيٍّ مُفضَّضٍ، ويَتَّقيَ مَوضِعَ الفِضّةِ.

(والرُّكوبُ على سَرْجٍ مُفضَّضٍ، والجُلوسُ على كُرسيٍّ مُفضَّضٍ، و) لكن بشَرط أن (يَتَّقيَ) أي يَجتنِب (مَوضِعَ الفِضّةِ) بالفَم، وقِيل: بالفَم واليدِ، في الأخذ وفي الشُّرب، وفي السَّرْج والكُرسيِّ: مَوضِعَ الجُلوسِ، وكذا الإناءُ الْمُضبَّبُ بالذَّهَب والفِضّةِ، وكذا الكُرسيُّ الْمُضبَّبُ بهما.

وكذا لو جَعَل ذلك في نَصْل السَّيفِ والسِّكِّينِ أو في قَبضتهما، ولم يَضَع يدَه في مَوضِعهما، وكذا إذا جَعَل في حَلْقة الْمِرآةِ، أو جَعَل الْمُصحَفَ مُذهَّبًا أو مُفَضَّضًا، وكذا الْمُفضَّضُ من اللِّجام والرِّكابِ والثَّفَر[1]، وكذا الثَّوبُ إذا كان فيه كِتابةٌ بذهَبٍ أو فِضّةٍ.

وهذا كلُّه عند أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ: يُكرَهُ ذلك كلُّه، ومحمدٌ مُضطرِبٌ.

وهذا الاختِلافُ فيما يَخلُصُ، وأما التَّمويهُ الذي لا يَخلُصُ: فلا بأسَ به بالإجماع؛ لأنه مُستهلَكٌ، فلا عِبرةَ ببَقائه لونًا، واحتَجَّ أبو حنيفةَ بما رُوِي عن أنسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أنَّ قدَحَ النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ انكَسر، فاتَّخذ مَكانَ الشَّعبِ سِلسِلةً من فِضّةٍ. رَواه البُخاريُّ[2].

(١) في (أ): والثغر، وفي باقي النسخ: النقر، والمثبت من «التبيين» ٦/ ١١.
وفي «مختار الصحاح» ص٤٩: ثَفَر الدابة: سير مؤخَّرتها.
(٢) (٣١٠٩).

ويُقبَلُ قولُ الكافِرِ في الحِلِّ والحُرمةِ.

(ويُقبَلُ قولُ الكافِرِ في الحِلِّ والحُرمةِ) قال الشّارحُ: هذا سهوٌ؛ لأن الحِلَّ والحُرمةَ من الدِّيانات، ولا يُقبَلُ قولُ الكافِرِ في الدِّيانات، وإنما يُقبَلُ قولُه في الْمُعامَلات خاصّةً؛ للضَّرورة.

قُلتُ: هذا ليس بسهوٍ، وهذا الْمِقدارُ لا يَخفى على مِثل الْمُصنِّفِ، وإنما أَراد بالحِلِّ الحِلَّ الضِّمنيَّ، وبالحُرمة الحُرمةَ الضِّمنيّةَ[1]؛ لأنه أراد بهذا الكَلامِ حاصِلَ الْمَسألةِ التي ذَكَرها صاحِبُ «الهِدايةِ» بقَوله: ومن أرسَل أجيرًا له مَجوسيًّا أو خادِمًا، فاشتَرى لحمًا، فقال: اشتَريتُه من يَهوديٍّ أو نَصرانيٍّ أو مُسلمٍ: وَسِعه أكلُه؛ لأن قولَ الكافِرِ مَقبولٌ في الْمُعامَلات؛ لأنه خبَرٌ صَحيحٌ؛ لصُدوره عن عَقلٍ ودِينٍ يُعتقَدُ فيه

(١) وهذا ما استدركه الشارح بقوله في «التبيين» ٦/ ١٢: إلا إذا كان قَبوله في المعاملات يتضمنُ قبوله في الديانات، فحينئذ تدخل الديانات في ضمن المعاملات، فيقبل قوله فيها ضرورةً...
لكن هذا الاستدراك لم يعجب مولانا خسرو رَحِمَهُ اللَّهُ، فقال في «الدرر» ١/ ٣١١ بعد أن دفع الاعتراض: فظهر أن مراده -أي النسفي- ما ذكرنا، والعجب أنه -أي الزيلعي- بعدما اعترض عليه بهذا الاعتراض نقل محصول كلام «الكافي»، وكان عليه أن يقول بدل الاعتراض: أراد بالحل والحرمة ما يحصل في ضمن المعاملات، ويجعلَ كلام «الكافي» قرينةً عليه، فليُتأمل. انتهى.
وأبو السعود رَحِمَهُ اللَّهُ في «حاشيته» ٣/ ٣٨٨ احتمل أن الزيلعي لم يطلع على كلام المصنف في «الكافي»، وإلا لما وسعه الاعتراض عليه، على عكس ما أورده مُلّا خسرو آنفًا، وقال أبو السعود أيضًا: ثم رأيت العلامة الواني قال: لقائل أن يقول: هذا لا يدفع الاعتراض عن ظاهر كلام «الكنز». انتهى.

والْمَملوكِ والصَّبيِّ في الهَدِيَّة والإذن.

حُرمةُ الكَذِبِ، والحاجةُ ماسّةٌ إلى قَبوله؛ لكَثرة وُقوعِ الْمُعامَلاتِ، وإن كان غيرَ ذلك لم يَسَعه أن يَأكُلَ منه..

مَعناه: إذا كان ذَبيحةَ غيرِ الكِتابيِّ والمسلمِ؛ لأنه لما قُبِل قولُه في الحِلِّ أَولى أن يُقبَلَ في الحُرمة، ومُرادُ الشَّيخِ رَحِمَهُ اللَّهُ من قَوله: في الحِلِّ والحُرمةِ: هو هذا، أعنِي قولَه: لما قُبِل قولُه في الحِلِّ أولى أن يُقبَلَ في الحُرمة، فافهَم[1].

(و) يُقبَلُ قولُ (الْمَملوكِ) سواءٌ كان عبدًا أو جارِيةً (والصَّبيِّ في الهَدِيّة) بأن قال الْمَملوكُ: هذه هَدِيّةٌ أهداها إليك سَيِّدي، أو قال الصَّبيُّ: هذه هَدِيّةٌ أهداها إليك أبِي.

وفي «الجامِع الصَّغيرِ»: إذا قالَت جارِيةٌ لرجلٍ: بَعَثني مَولاي إليك هَدِيّةً: وَسِعه أن يَأخُذَها؛ لأنه لا فرقَ بين ما إذا أَخبَرت بإهداء الْمَولى غيرَها أو نفسَها.

وإنما يُقبَلُ قولُ هؤلاء فيها: لأن الهَدايا تُبعَثُ عادةً على أيدِي هؤلاء.

(و) كذا يُقبَلُ قولُهما في (الإذن) أي في إذن الْمَولى لعَبده، وإذنِ الوليِّ للصَّبيِّ؛ لأنه لا يُمكِنُ استِصحابُ الشُّهودِ على الإذن عند الضَّربِ في الأرض والْمُبايَعةِ في السُّوق، فلو لم يُقبَل قولُهما يُؤدِّي إلى الحَرَج.

(١) فحمله على المساهلة أولى من حمله على السهو، كما في «مجمع الأنهر» ٢/ ٥٣٠.

والفاسِقِ في الْمُعامَلات، لا في الدِّيانات.

(و) كذا يُقبَلُ قولُ (الفاسِقِ في الْمُعامَلات) كالتَّوكيل[1] والإذنِ في التِّجارة، وكلُّ شيءٍ ليس فيه إلزامٌ، ولا ما يَدُلُّ على النِّزاع؛ لأجل الضَّرورةِ.

والأصلُ فيه: أن الْمُعامَلاتِ يُقبَلُ فيها خبَرُ كلِّ مُميِّزٍ حُرًّا كان أو عبدًا، مسلمًا أو كافِرًا، صَغيرًا أو كَبيرًا؛ لأنها كَثيرةٌ، واشتِراطُ العَدالةِ فيها يُؤدِّي إلى الحَرَج، فيُشتَرَطُ فيه التَّمييزُ لا غيرُ، ولا دَليلَ مع التَّسامعِ[2] يُعمَلُ به سِوى الخبَرِ، فلو لم يُقبَل خبَرُه لامتَنَع بابُ الْمُعامَلات، ووَقَعوا في حَرَجٍ عَظيمٍ، وبابُه مَفتوحٌ.

(لا) يُقبَلُ قولُه (في الدِّيانات) لأنها لا تَكثُرُ وُقوعًا، فلا حَرَج في اشتِراط العَدالةِ، ولا حاجةَ إلى قَبول قولِ الفاسِقِ؛ لأنه مُتَّهمٌ فيها، وذلك كالإخبار بنَجاسة الماءِ، حتى إذا أخبَره عَدلٌ أنه نَجِسٌ يَتيمَّمُ، ولا يَتوضَّأُ به، وإذا أخبَره فاسِقٌ تَحرّى فيه، وكذا إذا كان مَستورًا في الصَّحيح، فإن غَلَب على ظنِّه أنه صادِقٌ: يَتيمَّمُ، ولا يَتوضَّأُ به، وإن أراقه ثم تَيمَّم: كان أحوطَ، ولو كان أكبَرُ رأيِه أنه كاذِبٌ يَتوضَّأُ ولا يَتيمَّمُ؛ لتَرجُّح جانِبِ الكَذِبِ.

والحاصِلُ فيه: أن محَلَّ الخبَرِ على أنواعٍ:

(١) في سوى (أ): كالوكيل.
(٢) في سوى (ز) و(ح): السامع.

وَمَن دُعِيَ إلى وَليمةٍ وثَمّةَ لَعِبٌ وغِناءٌ: يَقعُدُ، ويَأكُلُ.

الأوَّلُ: خبَرُ الرَّسولِ فيما ليس فيه عُقوبةٌ: فيُشترَطُ فيه العَدالةُ لا غيرُ.

والثّاني: خبَرُه فيما فيه عُقوبةٌ: فهو كالأوَّل عند أبي يوسفَ، وهو اختِيارُ الجَصّاصِ[1]، خِلافًا للكَرخيّ؛ حيث يُشترَطُ فيه التَّواتُرَ عندَه، وشهرُ رَمَضانَ من القِسم الأوَّلِ.

والثّالثُ: حُقوقُ العِبادِ فيما فيه إلزامٌ من كلِّ وجهٍ: فيُشترَطُ فيه العَدالةُ، والعدَدُ، ولَفظةُ الشَّهادةِ، والحُرِّيّةُ.

والرّابعُ: حُقوقُ العِبادِ فيما فيه إلزامٌ من وجهٍ دون وجهٍ: فيُشترَطُ فيها أحدُ شَطرَي الشَّهادةِ: إما العدَدُ أو العَدالةُ عند أبي حنيفةَ، خِلافًا لهما؛ حيث يُقبَلُ فيها عندَهما خبَرُ كلِّ مُميِّزٍ.

والخامِسُ: المُعامَلاتُ: فيُقبَل فيها خبرُ كل مُميِّزٍ.

(ومَن دُعِيَ إلى وَليمةٍ) وهي طَعامُ العُرْسِ (وثَمّةَ) أي هناك (لَعِبٌ وغِناءٌ: يَقعُدُ، ويَأكُلُ) من الوَليمة، هذا إذا حَدَث اللَّعِبُ والغِناءُ هناك بعد حُضورِه، ولا يَترُكُ، ولا يَخرُجُ؛ لأن إجابةَ الدَّعوةِ سُنّةٌ، فلا يَترُكُها لِمُقارَنة البِدعةِ من غَيره، كصَلاة الجَنازةِ لا يَترُكُها لأَجل النّائحةِ[2]، فإن قَدَر على المَنع مَنَعهم، وإلا يَصبِرُ.

---

(١) في (هـ): الخصاف.

(٢) قال العلامة الشلبي ٦/ ١٣: لا يقال: صلاة الجنازة واجبة، فلا يدل عدم تركها لاقتران المعصية على عدم ترك إجابة الدعوة لاقتران المعصية؛ لأنها سنة، وهي أضعف.

=

....

هذا إذا لم يكن مُقتدًى به، فإن كان مُقتدًى به، ولم يَقدِر على مَنعهم: يَخرُجُ، ولا يَقعُدُ؛ لأن في ذلك شَيْنَ الدِّينِ[1]، وفتْحَ بابِ الْمَعصِيةِ.

فإن كان ذلك على المائدة: فلا يَقعُدُ؛ لقوله تَعالى: ﴿فَلَا تَقْعُدْ بَعْدَ ٱلذِّكْرَىٰ مَعَ ٱلْقَوْمِ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ [الأنعام: ٦٨]، وإن عَلِم أن هناك لَعِبًا وغِناءً قبل أن يَحضُرَها: فلا يَحضُرُها؛ لأنه لا يَلزَمُه إجابةُ الدَّعوةِ إذا كان هناك مُنكَرٌ.

= لأنَّا نقول: إجابة الدعوة وإن كانت سنة إلا أنها في قوة الواجب؛ لما روى صاحب «السنن» بإسناده إلى عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من دعي فلم يجب فقد عصى الله ورسوله، ومن دخل على غير دعوة دخل سارقًا وخرج مغيرًا»، وروي في السنن أيضًا مسندًا إلى ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إذا دعي أحدكم إلى الوليمة فليأتها، فإن كان مفطرًا فليطعم، وإن كان صائمًا فليَدْعُ»، وروي في السنن أيضًا مسندًا إلى جابر قال: قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من دعي فليجب، فإن شاء طعم، وإن شاء ترك، ذكره في كتاب الأطعمة. اهـ إتقاني.

(١) في (د): شينًا في الدين.

فصلٌ في اللُّبسِ

حَرُمَ للرَّجُل لا للمَرأة: لُبسُ الحَريرِ، إلا قَدْرَ أربَعةِ أصابعَ.

هذا (فصلٌ في) بَيان أحكامِ (اللُّبسِ)

(حَرُمَ للرَّجُل) أي عليه، واللامُ تَأتي بمَعنى (على)، كما في قَوله تَعالى: ﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ [النحل: ٧]، أي فعليها، ولو قال: (على الرَّجُل) كان أصوبَ (لا) يَحرُمُ (للمَرأة لُبسُ الحَريرِ) لما رُوِي عن أبِي مُوسى الأشعَريِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النَّبيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**أُحِلَّ الذَّهَبُ والحَريرُ للإناث من أمتي**[١]**، وحُرِّم على ذُكورها**»، رَواه أحمدُ والنَّسائيُّ والتِّرمذيُّ وصَحَّحه[٢].

(إلا قَدْرَ أربَعةِ أصابعَ) فإنها أُحِلَّت للرَّجُل؛ لما رُوِي عن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن رَسولَ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهى عن لُبس الحَريرِ إلا هكذا، ورَفَع لنا رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ السَّبابةَ والوُسطى وضَمَّهما، رَواه البُخاريُّ ومسلمٌ[٣]، وفي لفظٍ: نَهى عن لُبس الحَريرِ إلا مَوضِعَ أُصبُعَين، أو ثَلاثةٍ، أو أربَعةٍ، رَواه مسلمٌ وأحمدُ وآخَرون[٤].

---

(١) في (هـ): من أمته. وقد سقطت هاتان الكلمتان من باقي النسخ، وأثبتنا من «المسند» والسنن.

(٢) الإمام أحمد (١٩٥٠٣)، والترمذي (١٧٢٠)، والنسائي (٥١٤٨).

(٣) البخاري (٥٨٢٩)، ومسلم (٢٠٦٩).

(٤) الإمام أحمد (٣٦٥)، ومسلم (٢٠٦٩).

وحلَّ تَوسُّدُه وافتِراشُه.

(وحلَّ تَوسُّدُه) أي تَوسُّدُ الحَريرِ (وافتِراشُه) عند أبي حنيفةَ، وقالا: يُكرَهُ؛ لما رُوِيَ عن حُذَيفةَ: أنه عليه السَّلامُ نَهانا أن نَشرَبَ في آنِية الذَّهَبِ والفِضَّةِ، وأن نَأكُلَ فيها، وعن لُبس الحَريرِ والدِّيباجِ، وأن نَجلِسَ عليه، رَواه البُخاريُّ[1]، وبه قالَت الثَّلاثةُ.

ذَكَر القُدُوريُّ الخِلافَ كما ذَكَرنا، وكذا ذَكَر صاحِبُ «الْمَنظومةِ» و«المجمَعِ»، وذَكَر في «الجامِعِ الصَّغيرِ» الخِلافَ بين أبي حنيفةَ ومحمدٍ، وذَكَر أبُو اللَّيثِ أبا يوسفَ[2] مع أبي حنيفةَ.

وله: ما رُوِي أن النَّبيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَلَس على مِرْفَقةِ[3] حَريرٍ[4]، ولأن الحَرامَ هو اللُّبسُ، والافتِراشُ ليس بلُبسٍ، وكذا يُباحُ النَّومُ عليه عندَه، وجَعْلُه سِترًا، وتَعليقُه على الباب، خِلافًا لهم.

وفي «نَوادِرِ» هِشامٍ أن محمدًا قال: أكرَهُ تِكَّةَ[5] الدِّيباجِ والإبرِيسَمِ، وفي «الفَتاوى الصُّغرى»: ولا بأسَ بتِكَّة الحَريرِ عند أبي حنيفةَ.

---

(١) البخاري (٥٨٣٧). (٢) في (ج): أن أبا يوسف.

(٣) المرفقة: المِخدة. «مختار الصحاح» ص١٢٦.

(٤) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٢٧: غريب جدًّا، ويُشكل على المذهب حديث حذيفة، قال: نهانا رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن نشرب في آنية الذهب والفضة، وأن نأكل فيها، وعن لُبس الحرير والديباج، وأن نجلس عليه. انتهى. أخرجه البخاري (٥٨٣٧). انتهى، وقال المصنف في «البناية» ١٢/ ١٠٠: هذا لم يثبت عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أصلًا، ولا ذكره أحد من أرباب النقل، لا بسند صحيح، ولا بسند ضعيف.

(٥) التكة: رباط السراويل. «لسان العرب» ١٠/ ٤٠٦.

ولُبس ما سَداه حَريرٌ، ولَحمتُه قُطنٌ أو خَزٌّ، وعَكسُه حلٌّ في الحَرب فقط.

(و) حَلَّ أيضًا (لُبس ما) أي الذي (سَداه حَريرٌ، ولَحمتُه قُطنٌ أو خَزٌّ) بفَتح الخاءِ الْمُعجَمةِ وتَشديدِ الزّاي، وهو اسمُ دابّةٍ، ثم سُمّي الْمُتَّخَذُ من وَبَره خَزًّا، لأن الصَّحابةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ لَبِسوا مِثلَ هذا[1]، وهذا بالإجماع، في الحَرب وغيرِه.

(وعَكسُه) أي عكسُ الْمَذكورِ[2]، وهو أن تَكونَ لَحمتُه حَريرًا، وسَداه قُطنًا أو خَزًّا أو غيرَهما (حلٌّ في الحَرب فقط) يَعني: لا يَحِلُّ في غَير الحَربِ، وهذا أيضًا بالإجماع؛ للضَّرورة؛ لأنه أهيَبُ وأدفَعُ لِمَعرّة السِّلاحِ.

وأما لُبسُ الحَريرِ الخالِصِ في الحَرب: فلا يجوزُ عندَ أبي حنيفةَ، وعندَهما: يجوزُ؛ لما رُوِي أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَخَّص لُبسَ الحَريرِ والدِّيباجِ في الحَرب[3]، وله: إطلاقُ النُّصوصِ الوارِدةِ في النَّهي عن

---

(١) روى ابن سعد في «الطبقات» ٣/ ١٣٠: عن الحسن قال: كان عبد الرحمن بن عوف رجلًا شريًّا، فاستأذن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في قميص حرير، فأذن له، قال الحسن: وكان المسلمون يلبسون الحرير في الحرب. وانظر «نصب الراية» ٤/ ٢٢٧ وتفصيل لهذه الآثار المجملة هنا.

(٢) في (ح): أي عكس الحكم المذكور.

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٢٧: رواه ابن عدي في «الكامل» (٦/ ٤٤٠)، عن الحكم بن عمير، وكان من أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: رخص رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في لباس الحرير عند القتال. انتهى. وذكر بعده أثر ابن سعد السابق.

ولا يَتحلّى الرَّجُلُ بالذَّهَب والفِضّةِ، إلا بالخاتَم، والْمِنطَقةِ، وحِليةِ السَّيفِ من الفِضّة.

والأفضَلُ لغَير السُّلطانِ والقاضِي تركُ التَّختُّمِ.

لُبس الحَريرِ، والضَّرورةُ اندَفَعت بالْمَخلوط الذي لَحمتُه حَريرٌ، فلا حاجةَ إلى الخالِص منه.

(**ولا يَتحلّى الرَّجُلُ بالذَّهَب والفِضّةِ**) لما رَوَينا، والتَّحلِّي بالحاء الْمُهمَلةِ: التَّزيُّنُ (**إلا بالخاتَم**) قَدْرَ مِثقالٍ[1]؛ لأنه عَلَيهِالصَّلَاةُوَالسَّلَامُ كان له خاتَمٌ من فِضّةٍ[2] (**والْمِنطَقةِ**) بكَسر الميمِ، وتُسمّى بالفارِسيّة: كَمَر[3] (**وحِليةِ السَّيفِ**) وكلُّ ذلك تَحقيقًا لِمَعنى النَّموذَجِ، والفِضّةُ أَغنَت عن الذَّهَب؛ لأنهما من جِنسٍ واحِدٍ، وإليه أشار بقَوله: (**من الفِضّة**) وهو قيدٌ للمَذكور جَميعِه.

(**والأفضَلُ لغَير السُّلطانِ والقاضِي تركُ التَّختُّمِ**) لعَدَم احتياجِه إليه، بخِلاف السُّلطانِ والقاضِي.

---

(١) أي (٥) غ.

(٢) روى البخاري (٥٨٦٦) عن ابن عمر رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا: أن رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ اتخذ خاتمًا من ذهب أو فضة، وجعل فصه مما يلي كفه، ونقش فيه: محمد رسول الله، فاتخذ الناس مثله، فلما رآهم قد اتخذوها رمى به وقال: «لا ألبسه أبدًا»، ثم اتخذ خاتما من فضة، فاتخذ الناس خواتيم الفضة، قال ابن عمر: فلبس الخاتم بعد النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ أبو بكر، ثم عمر، ثم عثمان، حتى وقع من عثمان في بئر أريس. وروى مثل ذلك مسلم (٢٠٩١ و٢٠٩٢).

(٣) في (ز) و(ح): كمرا. وكذلك نسميها اليوم في حلب.

وحَرُم التَّختُّمَ بالحَجَر، والحَديدِ، والصُّفْرِ، والذَّهَبِ.

(وحَرُم التَّختُّمَ بالحَجَر) أيَّ حجَرٍ كان، إلا الحجَرَ الذي يُقالُ له يَشْب[1] عند بعضِهم، وهو الأصحُّ، ولا بأسَ بالعَقيق في الأصحِّ (والحَديدِ، والصُّفْرِ) والرَّصاصِ، والقَصْديرِ، ونحوِ ذلك (والذَّهَبِ) لحُصول الاستِغناءِ بالفِضّة.

وفي «الأجناس»: ولا بأسَ للرَّجُل أن يَتَّخِذَ خاتَمًا من فِضّةٍ فَصُّه منه، وإن جَعَل فَصَّه من جَزْعٍ[2]، أو عقيقٍ، أو فَيروزَجَ، أو ياقُوتٍ، أو زُمُرُّدَ: فلا بأسَ به، وإن نَقَش عليه اسمَه واسمَ أبِيه، أو ما بَدا له، كقَوله: ربِّيَ اللهُ، أو نِعمَ القادِرُ: فلا بأسَ به.

وقال الصَّدرُ الشَّهيدُ في «شَرح الجامِعِ الصَّغيرِ»: فإذا تَختَّم يَنبَغي أن يَجعَلَ الفَصَّ إلى باطِن الكَفِّ لا إلى ظَاهر الكفِّ، بخِلاف النِّسوانِ؛ فإنهن لا يَفعَلْنَ هكذا، ولا بأسَ لهنَّ بذلك.

وفي «الأجناس»: ويَلبَسُ خاتَمَه في خُنصُره[3] اليُسرى، ولا يَلبَسُه في اليُمنى، ولا في غَير خُنصُرِه اليُسرى من أصابِعه، وسَوّى الفَقيهُ أبُو اللَّيثِ في «شَرح الجامِعِ الصَّغيرِ» بين اليَمينِ واليَسارِ، وهو الحقُّ؛

---

(١) اليشب: حجر، إلى الصفرة، يُتخذ منه خاتُم، ويُجعل في حِمالة السيف. «المغرب» ص٥١٢.

(٢) الجَزْع بالفتح: خرز فيه بياض وسواد، الواحدة جَزْعة، مثل: تمر وتمرة. «المصباح» ٩٩/١.

(٣) في (ب) و(هـ): في يده.

وحلَّ مِسمارُ الذَّهَبِ يُجعَلُ في حَجَر الفَصِّ.
وشَدُّ السِّنِّ بالفِضّة لا بالذَّهَب.

لاختِلاف الرِّواياتِ عن رَسول اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في ذلك[1].

(**وحلَّ مِسمارُ الذَّهَبِ يُجعَلُ في حَجَر[2] الفَصِّ**) أي في ثَقْبه؛ لأنه تابعٌ، كالعَلَم، فلا يُعَدُّ لابِسًا له (و) حلَّ (**شَدُّ السِّنِّ**) الْمُتحرِّكِ (**بالفِضّة لا بالذَّهَب**) عند أبي حنيفةَ؛ لأن الْمُحرَّمَ لا يُباحُ إلا للضَّرورة، وهي تَندفِعُ بالفِضّة.

وقالا: يجوزُ بالذَّهَب أيضًا؛ لما رُوِيَ أن عَرْفَجةَ بنَ سعدٍ أُصِيب أنفُه يومَ كُلابٍ[3]، فاتَّخَذ أنفًا من فِضّةٍ، فأنتَن، فأمَره النَّبيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أن يَتَّخِذَ أنفًا من ذهَبٍ[4]، وبه قالَت الثَّلاثةُ.

---

(١) روى أبو داود (٤٢٢٦) عن أبي سلمة بن عبد الرحمن: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يتختم في يمينه، وروى بعده (٤٢٢٧) عن ابن عمر: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يتختم في يساره، وكان فصه في باطن كفه. وانظر الأحاديث والآثار الواردة في ذلك عند الترمذي في باب ما جاء في لبس الخاتم في اليمين ٣/ ٢٧٩.

(٢) كذا في (أ) و(هـ)، وفي (ج): جحر، وفي (ب) و(د) غير منقوطة. قال في «رد المحتار» ٦/ ٣٦٠: قوله: (في حجر الفص) أي ثقبه. «هداية»، ومقتضاه أنه بتقديم الجيم على الحاء وهي رواية، وفي أخرى بالعكس، قال في «المغرب»: وهي الصواب؛ لأن الجُحر جُحرُ الضب أو الحية أو اليربوع، وهو غير لائق هنا.

(٣) قال الخطابي في «معالم السنن» ٤/ ٢١٥: يوم الكلاب يوم معروف من أيام الجاهلية، ووقعة مذكورة من وقائعهم.

(٤) رواه الإمام أحمد (١٩٠٠٦)، وأبو داود (٤٢٣٢)، والترمذي (١٧٧٠)، والنسائي (٥١٦١).

وكُرِه إلباسُ ذهَبٍ وحَريرٍ صبيًّا.
لا الخِرقةُ لوُضوءٍ ومُخاطٍ، والرَّتْمُ.

قُلنا: الكَلامُ في السِّنِّ، والْمَرويُّ في الأنف، ولا يَلزَمُ من عَدَم الإغناءِ في الأنف عدَمُ الإغناءِ في السِّنِّ، على أنه يَحتمِلُ أن عَرْفَجة قد خُصَّ[(١)] به.

(وكُرِه إلباسُ ذهَبٍ وحَريرٍ صبيًّا) لأنه لَمّا حَرُم اللُّبسُ حَرُم الإلباسُ، كالخَمر لَمّا حَرُم شُربُها حَرُم سَقيُها الصَّبيَّ، وكذا المَيْتةُ والدَّمُ، وعند الثَّلاثةِ: لا يُكرَهُ.

(لا) يُكرَهُ (الخِرقةُ) أي حملُها (لوُضوءٍ ومُخاطٍ[(٢)]) لعُموم ذلك بين النّاسِ في عامّة البُلدانِ، وما رَآه الْمُؤمِنون حَسَنًا فهو عند الله حَسَنٌ.

وفي «الجامِع الصَّغيرِ»: يُكرَهُ حملُ الخِرقةِ التي يُمسَحُ بها العرَقُ؛ لأنها بِدعةٌ مُحدَثةٌ، وتَشبُّهٌ بزيِّ الأعاجِمِ، والأوَّلُ هو الأصحُّ.

(و) لا يُكرَهُ (الرَّتْمُ) أيضًا وهي الرَّتْمَةُ والرَّتيمةُ، وهي خيطُ التَّذكُّرِ يُعقَدُ في الإصبَع[(٣)]؛ ....

(١) في (هـ): قد خص الزبير بن العوام وعبد الرحمن بن عوف بلبس الحرير لأجل حكة في جسمهما وكره إلباس... إلخ.
(٢) في (ج): أو مخاط.
(٣) قال في «تتمة البحر» ٨/ ٢١٧: والرتم هو الرتيمة، وهي الخيط للتذكر، ليعقد في الأصابع، وكذا الرتّمة، فقيل: الرتم ضرب من الشجر، وقال: معناه كان =

....

لما رُوِي أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَر بعضَ أصحابِه بها[1]، وتَعلَّق بها غرَضٌ صَحيحٌ، فلا يُكرَهُ.

= الرجل إذا خرج إلى سفر عمد إلى هذه الشجرة، فعقد بعض أغصانها ببعض، فإذا رجع، وأصابه بتلك الحالة قال: لم تخن امرأتي، وإن أصابه قد انحل قال: خانتني.

ثم الرتيمة قد تُشبه بالتميمة على بعض الناس، وهو خيط كان يربط في العنق أو في اليد في الجاهلية؛ لدفع المضرة عن أنفسهم، وذُكر في حدود الإيمان أنه كفر، والرتيمة مباح؛ لأنها تُربط للتذكير عند النسيان.

(١) قال في «البناية» ١٢/ ١٢٦: لم يثبت أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمر بذلك، ولكنه قد روي فيه أحاديث كلها ضعيفة، منها: ما رواه أبو يعلى الموصلي في «مسنده» ... عن ابن عمر: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان إذا أشفق من الحاجة أن ينساها ربط في إصبعه خيطًا ليذكرها، ورواه ابن عدي في «الكامل» (٤/ ٣٧١)، والعقيلي في «الضعفاء» (٢/ ١٥٢) ... وقال ابن أبي حاتم في «علله»: سألت أبي عن هذا الحديث قال: حديث باطل، وسالم هذا ضعيف وهذا منه. إلى آخر ما ذكره وعلله، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٢٣٨.

فصلٌ في النَّظَرِ والْمَسِّ

لا يَنظُرُ إلى غَير وجهِ الحُرّةِ، وكَفَّيها.

هذا (فصلٌ في) بَيان أحكامِ (النَّظَرِ والْمَسِّ)

(لا يَنظُرُ) الرَّجُلُ (إلى غَير وجهِ) الْمَرأةِ (الحُرّةِ و) غيرِ (كَفَّيها) لقَوله تَعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١]، قال عليٌّ وابنُ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ: ﴿مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾: الكُحلُ والخاتَمُ(١)، والْمُرادُ به: مَوضِعُهما، وهو الوجهُ والكفُّ.

وهذا يَدُلُّ على عَدَم جَوازِ النَّظَرِ إلى القَدَم، وعن أبي حنيفةَ: أنه يجوزُ؛ لأن في تَغطِيته بعضَ الحَرَج، وعن أبي يوسفَ: أنه يُباحُ النَّظَرُ إلى ذِراعها أيضًا؛ لأنه يَبدو منها عادةً.

وما عَدا ما استُثني من الأعضاء لا يجوزُ له أن يُنظَرَ إليه؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَن نَظر إلى مَحاسِن امرَأةٍ أجنَبيّةٍ عن شَهوةٍ صُبَّ في عَينه الآنُكُ(٢) يَوم القِيامةِ»(٣).

---

(١) روى هذا التفسير الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٧٢١٤)، والبيهقي (٣٢١٥) عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ورواه ابن أبي الدنيا في «النفقة على العيال» (٤٠٦) عن ابن جبير.

(٢) الآنُك: وِزان أفْلُس، هو الرصاص الخالص، ويقال: الرصاص الأسود. «المصباح» ١/٢٦.

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/٢٤٠: غريب، والمعروف: «من استمع إلى حديث قوم وهم له كارهون، صُب في أذنه الآنُك يومَ القيامة»، أخرجه البخاري في «صحيحه» (٧٠٤٢).

ولا يَنظُرُ من اشتَهى إلى وَجهها، إلا الحاكِمَ والشّاهِدَ.

قال الشّارحُ في قَوله: لا يَنظُرُ إلى غَير وجهِ الحُرّةِ: هذا كَلامٌ فيه خَلَلٌ؛ لأنه يُؤدِّي إلى أنه لا يَنظُرُ إلى شيءٍ من الأَشياء إلا إلى وَجه الحُرّةِ وكَفَّيها، فيَكونُ تَحريضًا على النَّظَر إلى هذين العُضوَين، وإلى تَركِ النَّظَرِ إلى كلِّ شيءٍ سِواهما، وليس هذا بمَقصودٍ في هذه الْمَسألةِ، وإنما الْمَقصودُ فيها أن يجوزَ له النَّظَرُ إلى هذين العُضوَين، لا أنه لا يكُفُّهما[1].

قُلتُ: مَعنى كَلامِه: لا يَنبَغي له أن يَنظُرَ من أَعضاء الحُرّةِ إلى غَير وَجهِها وكَفَّيها، والْمَقصودُ نفيُ جَوازِ النَّظَرِ إلى غَير الوجهِ والكَفَّين، والدَّلالةُ على جَواز النَّظَرِ إلى هذه الأعضاءِ، وليس فيه ما يَدُلُّ على التَّحريض على النَّظَر إلى هذه الأعضاءِ، ولا يَدُلُّ التَّركيبُ عليه، فافهَم[2].

(ولا يَنظُرُ من اشتَهى) أَراد أن صاحِبَ الشَّهوةِ لا يجوزُ له أن يَنظُرَ **(إلى وَجهها)** أي وجهِ الحُرّةِ مع جَوازِ النَّظَرِ إليه عند عدَمِ الشَّهوةِ **(إلا الحاكِمَ والشّاهِدَ)** فإنهما يَنظُران مُطلَقًا؛ للضَّرورة، ولكن يَجِبُ عليهما قصدُ أداءِ الشَّهادةِ والحُكمِ لا قَضاءُ الشَّهوةِ؛ تَحرُّزًا عن القَبيح بقَدْر الإمكانِ.

---

(١) كذا في (ز)، و«التبيين» ٦/ ١٧، وفي (هـ): لا يكفيهما، وفي (ح): لا يتركهما، وفي الباقي: لا يفكهما.

(٢) قال الفقير محقق الكتاب: ظاهر عبارة المصنف من حيث التركيب يدل على النحضيض، ألا ترى إلى قول القائل: لا يأكل المؤمن غير الحلال، أنه تحضيض عليه وتنفير عن ضده! ولكن لا يرقى التركيب إلى الحكم بوجود الخلل فيه.
ولعلنا إن ضبطنا الفعل بالبناء للمجهول انتفى الإشكال؛ لدلالته حينها على الإباحة، التي هي مع أمن الشهوة، والله أعلم.

وينظُرُ الطَّبيبُ إلى مَوضِعِ مَرَضِها.

وينظُرُ الرَّجُلُ إلى الرَّجُل إلا العَورةَ، والْمَرأةُ للمَرأة والرَّجُلِ: كالرَّجُل للرَّجُل.

هذا وقتَ الأداءِ، وأما وقتَ التَّحمُّلِ: فلا يجوزُ له أن يَنظُرَ إليها مع الشَّهوةِ؛ لأنه يُوجَدُ مَن لا يَشتَهي، فلا حاجةَ إليه.

(**وينظُرُ الطَّبيبُ إلى مَوضِعِ مَرَضِها**) للضَّرورة، ولكن يَستُرُ كلَّ عُضوٍ منها سِوى مَوضِعِ المرَضِ، ثم يَنظُرُ ويَغُضُّ بصَرَه عن غَير ذلك الْمَوضِعِ ما استَطاع، ويَنبَغي له أن يُعَلِّمَ امرَأةً إن أمكَن؛ لأن نظَرَ الجِنسِ أخفُّ، وألَّا يَنظُرَ على الوَجه الذي ذَكَرناه[1].

(**ويَنظُرُ الرَّجُلُ إلى الرَّجُل إلا**) أنه لا يَنظُرُ إلى (**العَورة**) وهي ما بين السُّرّةِ والرُّكبةِ، وإنما لم يُبيِّنها هنا: اكتِفاءً بما ذَكَره في كِتاب الصَّلاةِ.

(و) تَنظُرُ (**الْمَرأةُ للمَرأة والرَّجُلِ**) أي تَنظُرُ إلى الرَّجُل أيضًا (**كالرَّجُل للرَّجُل**) أي كما يَنظُرُ الرَّجُلُ إلى الرَّجُل، وهو جَوازُ النَّظَر إلى جَميع البَدَن غيرَ العَورةِ، وهذا إذا أُمِنت الشَّهوةَ والفِتنة.

وإن كان في قَلبها شَهوةٌ، أو في أكبَر رأيِها أنها تَشتَهي، أو شَكَّت في ذلك: يُستحَبُّ لها أن تَغُضَّ بصَرَها، بخِلاف الرَّجُل عند الشَّهوة: يَجِبُ عليه أن لا يَنظُرَ.

---

(١) أي مع الشهوة.

وَيَنظُرُ الرَّجُلُ إلى فَرْجِ أمتِه، وزَوجتِه.

والفرقُ: أن الشَّهوةَ غالِبةٌ عليهنّ، وهي كالْمُتحقِّق حُكمًا، فإذا اشتَهى هو كانَت الشَّهوةُ مَوجودةً من الجانِبَين، وإذا اشتَهت هي لم يكن إلا منها، فكان مِن جانِبٍ واحِدٍ، والْمَوجودُ من الجانِبَين أَقوى.

وما جاز للرَّجُل أن يَنظُرَ إليه جاز مَسُّه؛ لأنه ليس بعَورةٍ، بخِلاف مَسِّه في الْمَرأة؛ فإن ذلك لا يجوز مُطلَقًا.

(**وَيَنظُرُ الرَّجُلُ إلى فَرْجِ أمتِه وزَوجتِه**) سواءٌ كان بشَهوةٍ أو بغَيرِها؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «**غُضَّ بصَرَك إلا عن زَوجتك وأمتِك**»[1]، والأَولى أن لا يَنظُرَ كلُّ واحِدٍ منهما إلى عَورة صاحِبِه؛ لأنه يُورِثُ النِّسيانَ، وكان ابنُ عمرَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا يَقولُ: الأَولى أن يَنظُرَ إلى فَرْجِ امرأتِه وقتَ الوِقاعِ؛ ليَكونَ أبلغَ في تَحصيل مَعنى اللَّذّةِ[2].

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٤٥: أخرج أبو داود (٤٠١٧)، والترمذي (٢٧٦٩)، وابن ماجه (١٩٢٠) عن معاوية بن حيدة قلت: يا رسول الله! عوراتنا.. ما نأتي منها وما نذر؟ قال: «**احفظ عورتك إلا من زوجتك أو ما ملكت يمينك**»، قال: قلت: يا رسول الله! أرأيت لو كان القوم بعضهم في بعض؟ قال: «**إن استطعت أن لا تُرِيَنَّها، فلا تُرِيَنَّها**»، قال: قلت: يا رسول الله! إذا كان أحدنا خاليًا؟ قال: «**الله أحق أن يستحيى من الناس**». انتهى.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٤٨: غريب جدًّا. انتهى، وقال في «الدراية» ٢/ ٢٢٩: لم أجده. انتهى، وقال المصنف في «البناية» ١٢/ ١٥٢: هذا لم يثبت عن ابن عمر أصلًا، لا بسند صحيح ولا بسند ضعيف. انتهى.

ووَجهِ مَحرَمِه، ورَأسِها، وصَدرِها، وساقَيها، وعَضُدَيها، لا إلى ظَهرها وبَطنِها وفَخِذِها.

والْمُرادُ بالأمة: التي يَحِلُّ له وطؤُها، وأما إذا كانَت لا تَحِلُّ له، كأمته الْمَجوسيةِ والْمُشترَكةِ: لا يَحِلُّ له ذلك.

(و) يَنظُرُ الرَّجُلُ أيضًا إلى (وَجه مَحرَمِه) كأُمِّه، وبِنتِه، وأُختِه، وعَمّتِه، وخالتِه، وكلِّ من لا يَحِلُّ له نِكاحُها على التَّأبيد بنَسَبٍ، أو بسبَبٍ كالرَّضاع والْمُصاهَرةِ، وإن كان بزِنًى (و) يَنظُرُ إلى (**رَأسها وصَدرِها وساقَيها وعَضُدَيها**).

والأصلُ فيه: قولُه تَعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ ...﴾ [النور: ٣١] الآيةَ، ولم يُرَد به نفسُ الزِّينةِ؛ لأن النَّظَرَ إلى عَين الزِّينةِ مُباحٌ مُطلَقًا، ولكن الْمُرادُ مَوضِعُ الزِّينةِ، فالرَّأسُ مَوضِعُ التّاجِ والشَّعْرِ، والوَجهُ مَوضِعُ الكُحلِ، والعُنُقُ والصَّدرُ مَوضِعُ القِلادةِ، والأُذُنُ مَوضِعُ القُرطِ، والعَضُدُ مَوضِعُ الدُّمْلوجِ[1]، والسّاعِدُ مَوضِعُ السِّوارِ، والكَفُّ مَوضِعُ الخاتَم والخِضابِ، والسّاقُ مَوضِعُ الخَلخالِ، والقَدَمُ مَوضِعُ الخِضابِ.

(لا) يَنظُرُ (إلى ظَهرها وبَطنِها وفَخِذِها[2]) لأنها ليست بمَواضِع الزِّينةِ، وقال الشّافعيُّ: يجوزُ له أن يَنظُرَ إلى ظَهر مَحارِمِه وبَطنِها.

---

(١) من حلي الْمِعضد. «المغرب» ص١٦٨.

(٢) في (ز) و(ح): وفخذيها.

ويَمَسُّ ما حَلَّ النَّظَرُ إليه.

(ويَمَسُّ) الرَّجُلُ من مَحارِمه (ما حَلَّ النَّظَرُ إليه) لتَحقُّق الحاجةِ إلى ذلك في الْمُسافَرة والْمُخالَطةِ، وكان عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يُقبِّلُ رأسَ فاطِمةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ويَقولُ: «أَجِدُ منها ريحَ الجَنَّةِ»[1]، وكان إذا قَدِم من سَفَرٍ بَدَأَ بها فقَبَّلها وعانَقَها[2]، وقال: «مَن قَبَّل رِجلَ أُمِّه فكأنما قَبَّل عَتَبَةَ الجَنَّةِ»[3].

---

(١) رواه أطول من هذا الطبراني (٢٢/ ٤٠٠) عن عائشة قالت: كنت أرى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقبل فاطمة، فقلت: يا رسول الله! إني أراك تفعل شيئًا ما كنت أراك تفعله من قبل، فقال لي: «يا حميراء! إنه لما كان ليلة أسري بي إلى السماء أدخلت الجنة، فوقفت على شجرة من شجر الجنة لم أر في الجنة شجرة هي أحسن منها حسنًا، ولا أبيض منها ورقة، ولا أطيب منها ثمرة، فتناولت ثمرة من ثمرتها فأكلتها، فصارت نطفة في صلبي، فلما هبطت الأرض واقعت خديجة فحملت بفاطمة، فإذا أنا اشتقت إلى رائحة الجنة شممت ريح فاطمة، يا حميراء، إن فاطمة ليست كنساء الآدميين ولا تعتل كما يعتلون».
قال في «مجمع الزوائد» ٩/ ٢٠٢: رواه الطبراني، وفيه أبو قتادة الحراني، وثقه أحمد وقال: كان يتحرى الصدق، وأنكر على من نسبه إلى الكذب، وضعفه البخاري وغيره، وقال بعضهم: متروك، وفيه من لم أعرفه أيضًا، وقد ذكر هذا الحديث في ترجمته في «الميزان». انتهى.
قلت: ذكره الحافظ في «لسان الميزان ٣/ ١٨٥ في ترجمة الحسين بن عبيد الله بن الخصيب الأبزاري البغدادي منقار، وقال: كان كذابًا، وعد هذا الحديث من أكاذيبه.
وذكره من أئمتنا بلفظ المؤلف: السرخسي في «المبسوط» ١٠/ ١٤٩.

(٢) روى أبو يعلى (٢٤٦٦) والطبراني في «الأوسط» (٤١٠٥) عن ابن عباس قال: كان رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إذا قدم من سفر قبل ابنته فاطمة.

(٣) لم أقف عليه، وورد بمعناه عند ابن ماجه (٢٧٨١) والطبراني (٨١٦٢) واللفظ له: =

وأمةُ غيرِه كمَحرَمه.

وله مَسُّ ذلك إن أَراد الشِّراءَ، وإن اشتَهى.

ولا تُعرَضُ الأمةُ إذا بَلَغت في إزارٍ واحِدٍ.

ولا بأسَ بالخَلوة معها، إلا إذا خاف على نَفسه أو عليها الشَّهوةَ، فحينَئذٍ لا يَمَسُّها، ولا يَنظُرُ إليها، ولا يَخلو بها.

(وأمةُ غيرِه كمَحرَمه) فيَنظُرُ إليها ما يَنظُرُ إلى مَحرَمه، ويَمتنِعُ ما يَمتنِعُ من الظَّهر والبَطنِ، خِلافًا لمحمدِ بنِ مُقاتِلٍ، فإنه قال: يَنظُرُ إلى ظَهرها وبَطنِها (وله) أي للرَّجُل (مَسُّ ذلك) أي الْمَذكورِ من الرَّأس والصَّدرِ والسَّاقِ والعَضُدِ (إن أَراد الشِّراءَ، وإن اشتَهى) يَعني: وإن خاف الشَّهوةَ؛ للضَّرورة.

وأُمُّ الولَدِ والْمُدبَّرةُ والْمُكاتَبةُ: كالأمة؛ لقِيام الرِّقِّ فيهنَّ ووُجودِ الحاجةِ، والْمُستَسعاةُ كالْمُكاتَبة عند أبي حنيفةَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ.

(ولا تُعرَضُ الأمةُ إذا بَلَغت في إزارٍ واحِدٍ) لوُجود الاشتِهاءِ، والْمُرادُ بالإزار: ما يَستُرُ ما بين السُّرّةِ والرُّكبةِ؛ لأن ظهرَها وبطنَها عَورةٌ، فلا يجوزُ كَشفُهما، والتي بَلَغت حدَّ الشَّهوةِ فهي كالبالِغة

= عن محمد بن طلحة بن معاوية السلمي، عن أبيه قال: أتيت النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ فقلت: يا رسول الله! إني أريد الجهاد في سبيل الله، قال: «أمك حية؟»، فقلت: نعم، فقال النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «الزم رجلها فثم الجنة».

وما رواه القضاعي (١١٩) عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «الجنة تحت أقدام الأمهات».

والخَصِيُّ والْمَجبوبُ والْمُخَنَّثُ: كالفَحل.

وعَبدُها كالأجنَبيِّ.

ويَعزِلُ عن أَمته بلا إِذنها، ....

لا تُعرَضُ في إزارٍ واحِدٍ.

(والخَصِيُّ) وهو مَقطوعُ الخِصيتَين (والْمَجبوبُ) وهو مَقطوعُ الذَّكَرِ والخِصيتَين، مِن جُبَّ: إذا قُطِع (والْمُخَنَّثُ) في الرَّديء من الأفعال (كالفَحل) أي كحُكم الفَحْلِ فيما ذَكَرنا.

أما الخَصِيُّ: فلأنه يُجامِعُ، وأما الْمَجبوبُ: فلأنه يُنزِلُ بالسَّحق، ولهذا لو جاءَت امرَأتُه بولَدٍ يَثبُتُ نسَبُه منه، وأما الْمُخَنَّث: فلأنه فحلٌ فاسِقٌ.

وقد رَخَّص بعضُ أصحابِنا اختِلاطَ الْمَجبوبِ مع النِّساءِ إذا جفَّ ماؤُه، وكذا الْمُخَنَّثُ الذي في أعضائه لِينٌ وتَكَسُّرٌ، ولا يَشتَهي النِّساءَ في الاختِلاط بهنَّ، والأصحُّ المنعُ مُطلَقًا.

(وعَبدُها) أي عبدُ الْمَرأةِ (كالأجنَبيِّ) من الرِّجال، حتى لا يجوزُ لها أن تُبدِيَ من زِينتها إلا ما يجوزُ أن تُبدِيَه للأجنَبيِّ، ولا يَحِلُّ له أن يَنظُرَ من سَيِّدته إلا ما يجوزُ له أن يَنظُرَ إليه من الأجنَبيَّة.

وقال الشّافعيُّ ومالِكٌ: نظَرُه إليها كنَظَر الرَّجُلِ إلى مَحارِمه؛ دَفعًا للحَرَج، ولنا: أنه فحلٌ غيرُ زوجٍ ولا مَحرَمٍ، والشَّهوةُ مَوجودةٌ.

(ويَعزِلُ) الرَّجُلُ ماءَه (عن أَمته) عندَ الجِماعِ (بلا إِذنها) لأنه لا حَقَّ لها

وعن زَوجته بإذنها.

في الوَطء (و) يَعزِلُ (عن زَوجته[1] بإذنها) لأن لها حقًّا في الوَطء، ولو كانَت تحتَه أمةُ غيرِه فكذلك عندَهما، وعند أبي حنيفةَ: الإذنُ إلى مَولاها.

(١) في (ز) و(ح): عن زوجته الحرة.

فصلٌ في الاستبراءِ وغيرِه

مَن مَلَك أمةً حَرُم عليه وَطؤُها، ولَمْسُها، والنَّظرُ إلى فَرْجها بشَهوةٍ: حتى يَستبرِئَ.

هذا (فصلٌ في) بيانِ أحكامِ
(الاستِبراءِ وغيرِه)

وهو طلَبُ البَراءةِ مُطلَقًا، وهنا: طلَبُ بَراءةِ الرَّحِمِ.

(مَن مَلَك أمةً) بشِراءٍ، أو هِبةٍ، أو وَصيّةٍ، أو ميراثٍ، أو خُلْعٍ، أو كِتابةٍ، أو نحوِ ذلك (حَرُم عليه وَطؤُها، ولَمْسُها، والنَّظرُ إلى فَرْجها بشَهوةٍ: حتى يَستبرِئَ) بأن يَترُكَها إلى أن تَحيضَ حَيضةً واحِدةً إن كانَت من ذَوات الحِيَض، أو يَمضِيَ عليها شهرٌ واحِدٌ إن كانَت آيِسةً، أو إلى أن تَضَعَ حَمْلَها إن كانَت حامِلًا؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في سَبايا أوْطاسٍ: «ألا لا تُوطَأُ الحَبالى حتى يَضَعنَ حَمْلَهنَّ، ولا الحَبالى حتى يُستَبرَأنَ بحَيضةٍ»[1].

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٥٢: أخرجه أبو داود (٢١٥٧) قال: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة». انتهى. وله طريق أخرى مرسلة، قال ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٧٥٤): عن داود، قال: قلت للشعبي: إن أبا موسى نهى يوم فتح تستر، أن لا توطأ الحبالى، ولا يشارك المشركون في أولادهم، فإن الماء يزيد في الولد، هو شيء قاله برأيه، أو رواه عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: نهى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يوم أوطاس أن توطأ حامل حتى تضع، أو حائل حتى تستبرأ. انتهى. وكذلك.

....

وهذا يُفيدُ وُجوبَ الاستِبراءِ بسَبَب إحداثِ الْمِلكِ واليدِ[1]، حتى يَجِبُ على الْمُشتَرِي من مال الصَّبيِّ[2]، ومن الْمَرأة، والْمَملوكِ، وممن لا يَحِلُّ له وَطؤُها: الاستِبراءُ، وكذا إذا كانَت الْمُشتَراةُ بِكرًا لم تُوطَأ؛ لتَحقُّق السَّبَب.

ولا يُعتَدُّ بالحَيضة التي اشتَراها في أثنائها، ولا بالحَيضة التي حاضَتْها بعد الشِّراءِ أو غيرِه من أسباب الْمِلكِ قبلَ القبضِ، ولا بالوِلادة التي حَصَلت بعد الأسبابِ قبلَ القبضِ، خِلافًا لأبي يوسفَ.

= وأوطاس: وادٍ بالطائف. «شرح مسلم» للنووي ٩/ ١٨٤، والحَيَالى عكس الحَبَالى كما في رواية أبي داود المارّة. وقد تقدم.

(١) لأنه هو الموجود في هذه الصورة، وهذا لأن الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط، والأنساب عن الاشتباه، والولد عن الهلاك، وذلك عند تحقق الشغل أو توهمه بماء محترم؛ لأنه عند الاشتباه لا يُدَّعى الولد، فيهلك معنًى؛ إذ من لا نسب له هالك معنًى، أو لعدم من يربيه ويثقفه.
ويجب على المشتري لا على البائع؛ لأن العلة في الحقيقة هو إرادة الوطء، والمشتري هو الذي يريده دون البائع، فيجب عليه، غير أن الإرادة أمر مبطن، فيدار الحكم على دليلها، وهو التمكن من الوطء، والتمكن إنما يثبت بالملك واليد، فانتصب سببًا، وأدير الحكم عليه تيسيرًا، فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد، وتعدى الحكم إلى سائر أسباب الملك، كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك. «التبيين» ٦/ ٢١.

(٢) أي بأن باعها أبوه أو وصيه. اهـ وكتب ما نصه: قال الولوالجي: ولو اشتراها من امرأة أو صبي يجب الاستبراء إلا رواية عن أبي يوسف. اهـ شلبي ٦/ ٢١.

....

وكذا لا يُعتَدُّ بالحاصِل قبلَ الإجازةِ في بَيع الفُضوليِّ، وإن كانَت في يَد الْمُشتَري، ولا بالحاصِل بعدَ القبضِ في الشِّراء الفاسِدِ قبلَ أن يَشترِيَها صَحيحًا.

ويَجِبُ إذا اشتَرى نَصيبَ شَريكِه من جارِيةٍ مُشترَكةٍ بينَهما؛ لأن السَّبَبَ قد تمَّ[1] في ذلك الوقتِ، ويُجتزَأُ بالحَيضة التي حاضَتْها وهي مَجوسِيّةٌ أو مُكاتَبةٌ، بأن كاتَبها بعد الشِّراءِ، ثم أسلَمت الْمَجوسيّةُ، أو عَجَزت الْمُكاتَبةُ.

ولا يَجِبُ الاستِبراءُ إذا رَجَعت الآبِقةُ[2]، ورُدَّت الْمَغصوبةُ والْمُستأجَرةُ، أو فُكَّت الْمَرهونةُ؛ لانعِدام السَّبَب.

ولو أقال البيعَ قبلَ القبضِ لا يَجِبُ على البائِع الاستِبراءُ، وكان أبو حنيفةَ يَقولُ أوَّلًا: عليه الاستِبراءُ، ثم رَجَع وقال: لا يَجِبُ، وهو قولُهما.

---

(١) في (هـ): لأن السبب قديم.

(٢) قال الإتقاني: وفي الآبق تفصيل لا بد منه، قال في «شرح الطحاوي»: ولو أبقت في دار الحرب ثم عادت إلى صاحبها بوجه من الوجوه: فلا استبراء عليها في قول أبي حنيفة؛ لأنهم لم يملكوها، وعندهما: عليها الاستبراء؛ لأنهم ملكوها، ولو أخذوها في دار الإسلام، وهي آبقة، وأحرزوها في دارهم: ملكوها في قولهم جميعًا، فإذا عادت إلى مولاها: فعليه الاستبراء في قولهم جميعًا، كذا في «شرح الطحاوي»، فعلى هذا: يكون المراد من الآبقة في المتن هي التي أبقت في دار الحرب، ولم يحرزها العدو، ثم رجعت إلى مولاها. اهـ شلبي ٦/ ٢٢.

له أَمتان أُختان، قَبَّلهما بشَهوةٍ: حَرُم وطءُ واحِدةٍ منهما ودَواعِيه، حتى يُحَرِّمَ فرجَ الأُخرى، بمِلكٍ أو نِكاحٍ أو عَتْقٍ.

(له) أي للرَّجُل (أَمتان أُختان قَبَّلهما بشَهوةٍ: حَرُم وطءُ واحِدةٍ منهما و) حَرُم (دَواعِيه) وهي القُبلةُ واللَّمسُ (حتى يُحَرِّمَ فرجَ الأُخرى بمِلكٍ) بأن يَملِكَ رَقَبتَها من إنسانٍ بأيِّ سبَبٍ كان من أَسباب الْمِلكِ، كالبَيع، والهِبةِ، والصَّدَقةِ، وكالصُّلح، والخُلعِ، والْمَهرِ.

(أو نِكاحٍ) صَحيحٍ، بأن يُزوِّجَها[1] من رَجُلٍ، فإذا زَوَّج إحداهما بنِكاحٍ فاسِدٍ لا تَحِلُّ له الأُخرى؛ لأن فرجَها لم يَصِر حَرامًا عليه بهذا العَقدِ الْمُجرَّدِ، إلا إذا دَخَل بها الزَّوجُ فحينَئذٍ تَحِلُّ له الأُخرى؛ لأن العِدّةَ تَجبُ عليها بالدُّخول، فيَحرُمُ على الْمَولى فرجُها، فلم يَصِر جامِعًا..

(أو عَتْقٍ) بأن يُعتِقَ إحداهما؛ وذلك لقَوله تَعالى: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ﴾ [النساء: ٢٣]، والْمُرادُ به الجَمعُ بينهما وطئًا وعَقدًا؛ لأنه مَعطوفٌ على الْمُحرَّمات وطئًا وعَقدًا، ولا تعارُضَ بقَوله[2] تَعالى: ﴿أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ﴾ [النساء: ٣]؛ لأن التَّرجيحَ للمُحرِّم، والدَّواعي بمَنزِلة الوطءِ.

ثم تَمليكُ البعضِ كتَمليك الكُلِّ، وكذا إعتاقُ البعضِ كإعتاق الكُلِّ، أما عندَهما: فظاهِرٌ؛ لأنه لا يَتجزَّأُ، وكذا عندَ أبي حنيفةَ؛ لأنه وإن

---

(١) في (ج): تزوجها.
(٢) في (ج) و(هـ): لقوله.

وكُرِه تَقبيلُ الرَّجُلِ، ومُعانَقتُه في إزارٍ واحِدٍ، ولو كان عليه ....

كان يَتجزَّأ، ولكنه يَحرُمُ به الفرجُ؛ لأن مُعتَقَ البعضِ كالمُكاتَب عندَه، وكِتابةُ إحداهما كإعتاقها[1].

ولو رَهَن إحداهما، أو آجرها، أو دَبَّرها: لا تَحِلُّ الأخرى؛ لأن فرجَها لا يَحرُمُ بهذه الأسبابِ.

(وكُرِه تَقبيلُ الرَّجُلِ) بأن يُقبِّلَ الرَّجُلُ فمَ الرَّجُلِ أو يدَه أو شيئًا منه (و) كذا (مُعانَقتُه في إزارٍ واحِدٍ) ذَكَر الطَّحاويُّ أن هذا قولُهما، وقال أبو يوسفَ: لا بأسَ بالتَّقبيل والمُعانَقةِ؛ لما رُوِي أنه عَلَيهِالصَّلَاةُوَالسَّلَامُ عانَق جَعفَرًا حِين قَدِم من الحَبَشة وقَبَّل ما بين عَينَيه[2].

ولهما: ما رَوى أنسٌ رَضِيَاللَّهُعَنهُ أنه قال: قُلنا لرَسول اللهِ عَلَيهِالصَّلَاةُوَالسَّلَامُ: أيَنحَني بعضُنا لبعضٍ؟ قال: «لا»، قُلنا: أيُعانِقُ بعضُنا بعضًا؟ قال: «لا»، قُلنا: أيُصافِحُ بعضُنا بعضًا؟ قال: «نَعم»[3].

وقالُوا: الخِلافُ فيما إذا لم يكن عليهما غيرُ الإزارِ، وإذا كان عليهما قَميصٌ أو جُبَّةٌ: جاز بالإجماع، أشار إليه الشَّيخُ بقَوله:

(ولو كان عليه) أي على الرَّجُل ....

---

(١) في (ج) و(هـ): كإعتاقهما.

(٢) رواه بلفظ المعانقة والتقبيل: الحاكم (١١٩٦)، ورواه بلفظ التلقي والتقبيل: أبو داود (٥٢٢٠)، والطبراني (١٤٧٠).

(٣) رواه بلفظ قريب: الإمام أحمد (١٣٠٤٤)، والترمذي (٢٧٢٨)، وابن ماجه (٣٧٠٢).

قَميصٌ: جاز، كالْمُصافَحة.

(قَميصٌ: جاز) وقال الإمامُ أبُو مَنصورِ الماتُريديُّ: الْمَكروهُ من الْمُعانَقة ما كان على وَجه الشَّهوةِ، وأما على وَجه البِرِّ والكَرامةِ: فجائِزٌ.

ورَخَّص الشَّيخُ الإمامُ شمسُ الأئِمّةِ السَّرخْسِيُّ وبعضُ الْمُتأخِّرين تَقبيلَ يدِ العالِمِ أو الْمُتورِّعِ على سَبيل التَّبرُّكِ، وقال سُفيانُ الثَّورِيُّ: تَقبيلُ يدِ العالِمِ ويدِ السُّلطانِ العادِلِ سُنَّةٌ، فقام عبدُ اللهِ بنُ الْمُبارَكِ فقَبَّل رأسَه.

وما يَفعَلُه الجُهّالُ من تَقبيل يدِ نفسِه إذا لَقِي غيرَه: فهو مَكروهٌ، فلا رُخصةَ فيه.

قُلتُ: كذلك يجوزُ تَقبيلُ يدِ الوالِدَين والشَّيخِ الذي يَأخُذُ منه العلمَ.

(كالْمُصافَحة) أي كما تجوزُ الْمُصافَحةُ؛ لأنها سُنّةٌ قَديمةٌ مُتوارَثةٌ[1] في البَيعة وغيرِ ذلك[2].

---

(١) في (ب) و(د): متواترة.

(٢) روى البخاري (٦٢٦٣) عن قتادة قال: قلت لأنس: أكانت المصافحة في أصحاب النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟ قال: نعم.

وروى أبو داود (٥٢١٤) عن رجل من عَنَزة أنه قال لأبي ذر حيث سُيِّرَ من الشام: إني أريد أن أسألك عن حديث من حديث رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: إذَنْ أخبرك به إلا أن يكون سِرًّا، قلت: إنه ليس بسر، هل كان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يصافحكم إذا لقيتموه؟ قال: ما لقيته قط إلا صافحني، وبعث إليَّ ذات يوم، ولم أكن في أهلي، فلما جئت أخبرت أنه أرسل إلي، فأتيته وهو على سريره، فالتزمني، فكانت تلك أجودَ وأجودَ.

وفي رواية ابن ماجه: «ولكن تصافحوا»، وعنده أيضًا برقم (٣٧١٦) من كلام أنس =

فصلٌ في البَيع

كُرِه بيعُ العَذِرةِ، لا السِّرْقينِ.

له شِراءُ أمةِ زيدٍ قال بَكرٌ: وَكَّلني زيدٌ بَيعها.

هذا (فصلٌ في) بَيان أحكامِ (البَيعِ) الذي يُكرَهُ وغيرِه

(كُرِه بيعُ العَذِرةِ) وهي رَجيعُ الآدَميِّ؛ لأن العادةَ لم تَجْرِ بالانتِفاع بها، وإنما يُنتفَعُ بها مَخلوطةً برَمادٍ أو تُرابٍ غالِبٍ عليها بالإلقاء في الأرض، فحينَئذٍ يجوزُ بيعُها، والصَّحيحُ عن أبي حنيفةَ: أن الانتِفاعَ بالعَذِرة الخالِصةِ جائِزٌ.

(لا) يُكرَهُ بيعُ (السِّرْقينِ) وهو الرَّوْثُ؛ لأنه مُنتفَعٌ به؛ لأنه يُلقى في الأرض لاستِكثارِ الرَّيعِ فكان مالًا، وقال الشَّافعيُّ: لا يجوزُ؛ لأنَّه نَجِسُ العَين فأشبَهَ العَذِرَة، وبه قال مالكٌ وأحمدُ.

(له) أي للرَّجُل (شِراءُ أمةِ زيدٍ قال بَكرٌ: وَكَّلني زيدٌ بَيعها) لأنه أخبَره بخبَرٍ صَحيحٍ لا مُنازِعَ له فيه، وقولُ الواحِدِ مَقبولٌ في المُعامَلات بشَرط أن يَكونَ مُميِّزًا، حتى جاز له أن يَطَأها بعد الشِّراءِ، وكذا إذا قال بَكرٌ: اشتَريتُ هذه الجارِيةَ من زيدٍ، أو وَهَبني إيّاها، أو تَصدَّق بها عليّ.

= رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ في وصف شمائله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: (كان النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ إذا لقي الرجل فكلمه لم يصرف وجهه عنه حتى يكون هو الذي ينصرف، وإذا صافحه لم ينزع يده من يده حتى يكون هو الذي ينزعها). وانظر «التعريف والإخبار» (٣/ ١٩٧).

وأحاديث المصافحة في البيعة كثيرة، منها ما عند مسلم (٨٦٨).

....

ولا فرقَ بين ما إذا كان يَعلَمُ أنها له أو لم يَعلَم؛ لأن العُمدةَ على خَبَره؛ لأن الخبَرَ دَليلٌ شَرعيٌّ؛ ألا تَرى أنه يُقبَلُ فيما هو أعظَمُ منه، وهو التَّزوُّجُ، بأن زُفَّت إليه امرَأةٌ، وقالَت النِّساءُ: هي امرَأتُك: حَلَّ له وَطؤُها.

ولو كان الْمُخبِرُ غيرَ ثِقةٍ فيما إذا ادَّعى الْمِلكَ أو غيرَه.. فإن كان أكبَرُ رأيِه أنه صادِقٌ: وَسِعه؛ لأن عَدالةَ الْمُخبِرِ في الْمُعامَلات لا تُشتَرطُ؛ للحاجة على ما بَيَّنّا، وإن كان أكبَرُ رأيِه أنه كاذِبٌ: لا يُتعرَّضُ لشيءٍ من ذلك.

وإن لم يُخبَر صاحِبُ اليدِ بوَكالةٍ أو انتِقالِ مِلكٍ إليه.. فإن كان يَعرِفُها أنها لغَيره: لا يَشتَريها حتى يَعلَمَ أن الْمِلكَ انتَقَل إليه أو وَكَّله، وإن كان لا يَعرِف أنها للأوَّل: وَسِعه أن يَشترِيَها، وإن كان ذُو اليدِ فاسِقًا؛ لأن اليدَ دَليلُ الْمِلك، وإن كان الذي في يَده عبدًا أو أمةً: لم يَقبَلها، ولم يَشتَرِها حتى يَسأل.

وإن أخبَره أن مَولاها أَذِن له وهو ثِقةٌ: قُبِل قولُه، وإلا يُعتبَرُ[1] فيه أكبَرُ الرَّأي، وإن لم يكن له رأيٌ: لا يَشتَريها.

ولو أخبَر رجلٌ امرَأةً أن زَوجَها الغائِبَ مات، أو طَلَّقها ثَلاثًا، أو أتاها بكِتابٍ منه بطَلاقٍ، ولا تَدري أنه كِتابُه أم لا، إلا أنه في أكبَر رأيِها أنه حقٌّ بعدَما تَحرَّت: فلا بأسَ بأن تَعتَدَّ ثم تَتزوَّجَ؛ لأن القطعَ طارئٌ، فلا مُنازِعَ.

---

(١) في (أ): ولا يعتبر. وانظر «التبيين» ٦/ ٢٦، والمعنى وإن لم يكن ثقةً..

وكُرِه لربِّ الدَّينِ أخذُ ثمَنِ خمرٍ باعَها مُسلِمٌ، لا كافِرٌ.

وكذا لو قالَت لرَجُلٍ: طَلَّقني زَوجي، وانقَضت عِدّتي: فلا بأسَ بأن يَتزوَّجَها، وكذلك الْمُطلَّقةُ الثَّلاثُ إذا قالَت: انقَضَت عِدّتي، وتَزوَّجتُ بزَوجٍ آخَرَ ودَخَل بي، ثم طَلَّقني وانقَضَت عِدّتي: فلا بأسَ بأن يَتزوَّجَها الزَّوجُ الأوَّلُ، كذا لو قالَت الجارِيةُ: كُنتُ أمةً لفُلانٍ فأعتَقَني: حلَّ له أن يَتزوَّجَها؛ لأن القاطِعَ طارٍ.

ولو أخبَرها مُخبِرٌ أن أصلَ النّكاحِ كان فاسِدًا، أو كان الزَّوجُ حِين تَزوَّجها مُرتدًّا، أو أخاها من الرَّضاعِ: لم يُقبَل[1] قولُه حتى يَشهَدَ بذلك رَجُلان، أو رَجُلٌ وامرَأتان، وكذا إذا أخبَره مخبرٌ أنك تَزوَّجتَها وهي مُرتدّةٌ، أو أُختُك من الرَّضاعِ: لم يَتزوَّج بأُختِها ولا أربَعٍ سِواها حتى يَشهَدَ بذلك عَدْلان.

(وكُرِه لربِّ الدَّينِ أخذُ ثمَنِ خمرٍ باعَها مُسلِمٌ) الذي هو الْمَديونُ؛ لأن بَيعَه باطِلٌ؛ لكَون الخَمرِ غيرَ مالٍ في حقِّه، فبَقِي الثَّمَنُ على مِلك الْمُشتَري، فلا يَحِلُّ لربِّ الدَّينِ[2] أخذُه من البائِع الذي هو مَديونُه.

(لا) يُكرَهُ إذا كان (كافِرٍ) هو البائِعُ؛ لأن البَيعَ صَحيحٌ، ويَملِكُ الثَّمَنَ، فيَحِلُّ الأخذُ منه، وعلى هذا: إذا مات مسلمٌ، وتَرَك ثمَنَ خمرٍ باعَها هو: لا يَحِلُّ لوَرَثته أن يَأخُذوا ذلك؛ لأنه كالْمَغصوب.

---

(١) في (ج): لم تقبل.
(٢) في (ج): لرب المال الذي أخذه.

واحتِكارُ قُوتِ الآدَميِّ والبَهيمةِ في بلَدٍ يَضُرُّ بأهله، ....

وقِيل: كسبُ المُغنِّيةِ كالمَغصوب لم يَحِلَّ أخذُه، وعلى هذا قالُوا: لو مات رجلٌ وكَسبُه من بَيع الباذِقِ[1]، أو الظُّلمِ، أو أخذِ الرِّشوةِ: تَتورَّعُ الوَرَثةُ، ولا يَأخُذوا منه شيئًا، وهو أولى لهم، ويَرُدُّونه على أربابه إن عَرَفوهم، وإلا تَصدَّقوا بها؛ لأن سَبيلَ الكسبِ الخَبيثِ التَّصدُّقُ إذا تَعذَّر الرَّدُّ على صاحِبه.

(و) كُرِه أيضًا (احتِكارُ قُوتِ الآدَميِّ) كالبُرِّ ونحوِه (و) قُوتِ (البَهيمةِ) كالشَّعير، والتِّبنِ، والقَتِّ (في بلَدٍ يَضُرُّ بأهله) أي بأهل البلَدِ؛ لأنه تَعلَّق به حقُّ العامّةِ، وفي الامتِناع عن البَيع تَضييقُ الأمرِ عليهم، فيُكرَهُ إذا كان يَضُرُّ بهم ذلك، بأن كانَت البَلدةُ صَغيرةً، بخِلاف ما إذا لم يَضُرَّ، بأن كان المِصرُ كَبيرًا؛ لأنه حابِسٌ مِلكَه من غَير إضرارٍ لغَيره.

وتَلقِّي الجلَبِ على هذا التَّفصيلِ.

وتَخصيصُ الاحتِكارِ بالأقوات قولُهما، وقال أبو يوسفَ: كلُّ ما ضَرَّ بالعامّة حَبسُه فهو احتِكارٌ، وإن كان ثِيابًا أو دَراهِمَ ونحوَ ذلك، وعن محمدٍ أنه قال: لا احتِكارَ في الثِّياب.

ثم الاحتِكارُ إنما يُكرَهُ[2] إذا طالَت المُدّةُ، وقَدَّروها بأربَعين يومًا،

---

(١) الباذق: ما طبخ من عصير العنب أدنى طبخ، فصار شديدًا، وهو مسكر، ويقال هو معرب. «المصباح» ١/ ٤١.

(٢) في (أ) و(د): إنما يكون.

لا غَلّةِ ضَيعتِه، وما جَلَبه من بلَدٍ آخَرَ.
ولا يُسعِّرُ السُّلطانُ، إلا أن يَتعدّى أربابُ الطَّعامِ عن القِيمة ....

وقِيل: بالشَّهر، وقِيل: ضربُ الْمُدّةِ للمعاقَبة في الدُّنيا، وأما الإثمُ: فحاصِلٌ وإن قَصُرت الْمُدّةُ.

(لا) يُكرَهُ احتِكارُ (غَلّةِ ضَيعتِه و) لا (ما) أي الذي (جَلَبه من بلَدٍ آخَرَ) لأنه خالِصُ حَقِّه، فلم يَتعلَّق به حقُّ العامّةِ، فلا يَكونُ احتِكارًا؛ ألا تَرى أن له أن لا يَزرَعَ ولا يَجلِبَ، فكذا له أن لا يَبيعَ.

وعن أبي يوسفَ: يُكرَهُ أن يَحبِسَ ما جَلَبه من بلَدٍ آخَرَ؛ لإطلاق قولِه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْمُحتَكِرُ خاطِئٌ»[1]، وعن محمدٍ: إن نَقَله من مَوضِعٍ يُجلَبُ منه إلى الْمِصر في الغالِب: يُكرَهُ حَبسُه، بخِلاف ما إذا نَقَله من بلَدٍ بَعيدٍ لم تَجْرِ العادةُ بالحَمل منه إلى الْمِصر[2]؛ لأنه لم يَتعلَّق به حَقُّهم.

(ولا يُسعِّرُ السُّلطانُ) على الْمُسلِمينَ؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا تُسعِّروا؛ فإن اللهَ هو الْمُسعِّرُ القابِضُ الباسِطُ الرّازِقُ[3]»[4] (إلا أن يَتعدّى أربابُ الطَّعامِ عن القِيمة) بالتَّحَكُّم على الْمُسلِمين ....

(١) رواه مسلم (١٦٠٥) بلفظ: «من احتكر فهو خاطئ».
(٢) في (ح): إلى المصر في الغالب لأنه.
(٣) في (أ): الرزاق. وهو موافق لما رواه الترمذي وإحدى روايات «المسند».
(٤) رواه بلفظ قريب: الإمام أحمد (١٢٥٩١)، وأبو داود (٣٤٥١)، والترمذي (١٣١٤)، وابن ماجه (٢٢٠٠)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٢٦٢. وليس في جميعها: لا تسعروا.

تَعدِّيًا فاحِشًا.

(تَعدِّيًا فاحِشًا) وعَجَز السُّلطانُ عن صِيانة حُقوقِهم إلا بالتَّسعير، فلا بأسَ به حينَئذٍ بمَشورة أهلِ الرَّأيِ والنَّظَرِ.

ولا يُسعِّرُ إلا إذا أبَوا أن يَبيعُوه إلا بغَبْنٍ فاحِشٍ ضِعفَ القِيمةِ، فإذا فَعَل ذلك على رجلٍ، فتَعدّى ذلك، فبَاعه بثَمَنٍ فوقَه: أجازَه القاضِي، وهذا لا يُشكِلُ على قولِ أبي حنيفةَ؛ لأنه لا يَرى الحَجْرَ على الحُرّ، وكذا عندَهما، إلا أن يَكونَ الحَجْرُ على قوم بأعيانهم؛ لأنه إذا لم يكن على قومٍ بعَينهم لا يَكونُ حَجْرًا، بل يَكونُ فَتوًى في ذلك.

ويَنبَغي للقاضِي أو السُّلطانِ أن لا يُعجِّلَ بعُقوبته إذا رُفِع إليه هذا الأمرُ، بل يَأمُرُه أن يَبيعَ ما فَضَل عن قُوته وقُوتِ عِيالِه على اعتِبار السَّعةِ، ويَنهاه عن الاحتِكار ويَزجُرُه عنه، وإن رُفِع إليه ثانِيًا فَعَل به كذلك وهَدَّده، وإن رُفِع إليه ثالِثًا حَبَسه وعَزَّره حتى يَمتنِعَ عنه ويَزولَ الضَّرَرُ عن النّاس..

وإن امتَنَع من البَيع بالكُلِّيَة.. قِيل: لا يَبيعُ عند أبي حنيفةَ، وعندَهما: يَبيعُ: بِناءً على أنه لا يَرى الحَجْرَ على الحُرِّ العاقِلِ البالِغِ، وهما يَريانه، كما في بَيع مالِ المَديونِ، وقِيل: يَبيعُه بالإجماع.

وإذا خاف الإمامُ على أهل مِصرَ الهَلاكَ: أخَذ الطَّعامَ من المُحتكِرين وفَرَّقه، فإذا وَجَدوا رَدُّوا مِثلَه.

وجاز بيعُ العَصيرِ من خَمّارٍ، وإجارةُ بيتٍ ليُتَّخَذَ بيتَ نارٍ أو بِيعةً أو كَنيسةً، أو يُباعَ فيه خَمرٌ. بالسَّواد، ....

(وجاز بيعُ العَصيرِ) أي عَصيرِ العِنَبِ (من خَمّارٍ) أي من الذي يَعمَلُ الخمرَ؛ لأن الْمَعصِيةَ لا تَقومُ بعَينه، بخِلاف بيعِ السِّلاحِ من أهل الفِتنةِ؛ لأن الْمَعصِيةَ تَقومُ بعَينه..

(و) جاز أيضًا (إجارةُ بيتٍ ليُتَّخَذَ) الْمُستأجِرُ (بيتَ نارٍ) وهو مَعبَدُ الْمَجوسِ (أو) يُتَّخَذَ (بِيعةً) لليَهود (أو) يُتَّخَذَ (كَنيسةً) للنَّصارى (أو يُباعَ فيه خَمرٌ.. بالسَّواد) أي القُرى دونَ الأمصارِ، وهذا قَيدٌ للكُلّ، قَيَّد به: لأنهم لا يُمكَّنون من إحداث[1] الْمَعبَدِ وإظهارِ بَيعِ الخُمورِ والخَنازيرِ في الأَمصار؛ لظُهور شَعائرِ الإسلامِ، بخِلاف السَّوادِ.

قالُوا: هذا في سَواد الكُوفةِ؛ لأن غالِبَ أهلِها أهلُ الذِّمّة، وأما في سَواد غَيرِها: ففيه شَعائرُ الإسلامِ ظاهِرةٌ، فلا يُمكَّنون فيها في الأصحّ.

والذي ذُكِر في الْمَتن هو قولُ أبي حنيفةَ، وعندَهما: لا يَنبَغي أن يُؤجَرَ بيتٌ لشيءٍ من ذلك؛ لأنه إعانةٌ على الْمَعصِية، وبه قالَت الثَّلاثةُ.

وله: أن الإجارةَ على مَنفَعة البيتِ، ولهذا يَجِبُ الأجرُ بمُجرَّد التَّسليمِ، ولا مَعصِيةَ فيه، وإنما هي بفِعل الْمُستأجِرِ، وهو مُختارٌ فيه،

---

(١) في سوى (أ): من اتخاذ. وانظر «التبيين» ٦/ ٢٩.

....

فقَطَع نِسبتَه عنه[1]، فصار كبَيع الجارِيةِ لمن لا يَستبرِئُها، أو يَأتيها مِن

---

(١) في سوى (ز) و(ح): منه. وانظر «الهداية» ٤/ ٣٧٨. ومعناه كما في «البناية» ١٢/ ٢٢١: أنه قطع نسبة المعصية عن العقد، وفي «الفتح» ١٠/ ٦٠: فقطع نسبة ذلك الفعل عن الْمُؤْجِر.
ولأجل غرابة هذا القول المنسوب للإمام رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وأعلى درجته، وخصوصًا ما قاسه الفقهاء على قوله.. أنقله ما ذكره العلامة الكمال بن الهمام رَحِمَهُ اللَّهُ في «فتحه»، في نقض هذا القول وتعليله، حيث قال في «الفتح» ١٠/ ٥٩:
أقول: ينتقض هذا التعليل المذكور من قِبَل أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ في هذه المسألة بمسائلَ متعددةٍ مذكورةٍ في «الذخيرة» و«المحيط» و«فتاوى» قاضي خان وسائر المعتبرات، من غير بيانِ خلافٍ في شيءٍ منها من أحد من أئمتنا.
منها: أنه إذا استأجر الذمي من المسلم بِيعةً ليصليَ فيها، فإن ذلك لا يجوز، قال في «المحيط» و«الذخيرة»: لأنه استأجرها ليصلي فيها، وصلاة الذمي معصية عندنا وطاعةٌ في زعمه، وأي ذلك اعتبرنا كانت الإجارة باطلة؛ لأن الإجارة على ما هو طاعة أو معصية لا تجوز. انتهى.
ومنها: أنه إذا استأجر المسلم من المسلم بيتًا ليجعله مسجدًا يصلي فيه المكتوبة أو النافلة، فإن هذه الإجارة لا تجوز في قول علمائنا، وعند الشافعي تجوز، قال في «المحيط»: وهذا لأنها وقعت على ما هو طاعة، فإن تسليم الدار ليصلي فيها طاعة، ومن مذهبنا أن الإجارة على ما هو طاعة لا تجوز، وعنده تجوز، وكان هذا بمنزلة ما لو استأجر رجلًا للأذان أو الإمامة، لا يجوز عندنا؛ لأنه طاعة، وعند الشافعي يجوز، فكذلك هذا. انتهى.
ومنها: أنه إذا استأجر ذمي من ذمي بيتًا يصلي فيه: لا يجوز، قال في «المحيط» و«الذخيرة»: لأن صلاتهم طاعة عندهم معصية عندنا، وأي ذلك كان لم تجز الإجارة. انتهى.
إذ لا يخفى أن التعليل المذكور في الكتاب -أي «الهداية»- من قِبل أبي حنيفة في مسألتنا يقتضي أن لا تبطل الإجارة في تلك المسائل أيضًا، فإن الإجارة إنما =

....

....

= تَرِد على منفعة البيت، ولهذا يجب الأجر بمجرد التسليم، ومنفعة البيت ليس بطاعة ولا معصية، وإنما الطاعة والمعصية بفعل المستأجِر، وهو مختار فيه، فقطع نسبة ذلك الفعل عن الْمُؤجِر، فينبغي أن تصح الإجارة فيها أيضًا عنده، مع أن الأمر ليس كذلك كما عرفت.

فإن قلت: إن الإجارة وإن وردت على منفعة البيت إلا أن لجَعل منفعته حين العقد لأجل الطاعة أو المعصية تأثيرًا في بطلان الإجارة. قلت: فليكن الأمر كذلك فيما نحن فيه أيضًا.

والحاصل: أن الفرق بين تلك المسائل ومسألتنا هذه في الحكم والدليل مشكلٌ جِدًّا، فليتأمل.

ثم إنه ذكر في «الذخيرة» و«المحيط»: إذا استأجر الذمي من المسلم دارًا ليسكُنَها فلا بأس بذلك؛ لأن الإجارة وقعت على أمر مباح فجازت، وإن شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أو أدخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم في ذلك شيء؛ لأن المسلم لم يؤاجرها لها؛ إنما آجَرَ للسكنى، فكان بمنزلة ما لو آجَرَ دارًا من فاسق كان مباحًا، وإن كان قد يعصي فيها، ولو اتخذ فيها بِيعةً أو كنيسةً أو بيتَ نار: يُمَكَّن من ذلك إن كان في السواد.

قال شيخ الإسلام: وأراد بهذا إذا استأجرها الذمي ليسكنها، ثم أراد بعد ذلك أن يتخذ كنيسة أو بيعة فيها، فأما إذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعةً أو كنيسةً لا يجوز. إلى هنا لفظ «الذخيرة» و«المحيط».

قال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك عن صاحب «المحيط»: ولا خفاء فيما بينه وبين ما ذكره المصنف من التنافي. أقول: إن التنافي بينهما ممنوع؛ إذ يجوز أن يكون بناء قول شيخ الإسلام: (فأما إذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعةً أو كنيسةً لا يجوز) على قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسألة، لكون مختار نفسه قولَهما، وإنما يلزم التنافي بينهما إن لو قال: (لا يجوز عند أبي حنيفة)، أو قال: (لا يجوز عندهم جميعًا) وليس فليس. =

....

....

= وذِكرُ أحد القولين في المسألة الخلافية بدون بيان الخلاف ليس بعزيز في كلام الثقات، وعن هذا نرى كثيرًا من أصحاب المتون يذكرون قول أبي حنيفة في كثير من المسائل الخلافية بدون بيان الخلاف، ثم الشراح يبينون الخلاف الواقع في ذلك.
وكيف لا يكون مراد شيخ الإسلام بقوله المزبور ما ذكرناه وقد صرح محمد رَحِمَهُ اللَّهُ في «الجامع الصغير» بأنه لا بأس عند أبي حنيفة أن تؤاجر بيتك ليُتخذ فيه بيتُ نار أو كنيسةٌ أو بيعة، أو يباع الخمر فيه بالسواد، وهل يليق بمثل شيخ الإسلام أن يغفل عن مسألة «الجامع الصغير».
ثم قال ذلك البعض: ثم كلام المصنف صريح في أن إجارة البيت ليباع فيه الخمر مع كونه معصيةً إنما صحت عند أبي حنيفة لتخلل فعل فاعل مختار، وقد صَرَّح صاحب «المحيط» بأن صحتها لعدم كون بيع الخمر معصيةً للذمي كشربه، لأن خطاب التحريم غيرُ نازل في حقه، ولا خفاء فيما بينهما أيضًا من التنافي. انتهى.
أقول: كون كلام المصنف صريحًا فيما ذكره: ممنوع؛ لجواز أن يكون قولُ المصنف: (وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه) خارجًا مخرج التغليب، فإن في المسألة المذكورة صورًا: إيجار البيت لأنْ يُتَّخذ فيه بيت نار، وإيجاره لأن يتخذ فيه كنيسة، وإيجاره لأن يتخذ فيه بيعة. وإيجاره لأن يباع فيه الخمر، ولا شك أن اتخاذ بيت النار واتخاذ الكنيسة واتخاذ البيعة معصيةٌ للذمي أيضًا؛ لكون الكفار مخاطبين بالإيمان بلا خلاف، واتخاذ تلك الأمور ينافي الإيمان، فكانت معصيةً قطعًا، وإن لم يكن بيع الخمر معصيةً للكافر بناءً على القول بأن خطاب التحريم غيرُ نازل في حق الكفار، فيجوز أن تكون الصور الثلاث الأولى مغَلَّبةً على صورة بيع الخمر في قول المصنف، وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه قطعًا فقطع نسبته عنه، فكأنه قال: وإنما المعصية في صورة اتخاذ المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه، فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر، وأما في غير صورة اتخاذ المعصية -وهي صورة بيع الذمي الخمر- فالأمر بَيّن، فحينئذ لا يتحقق التنافي بينه وبين ما صرح به صاحب «المحيط» كما لا يخفى. =

وحَملُ خمرٍ لذِمّيٍّ بأجرٍ.

دُبُرها، أو بَيعِ الغُلامِ من لُوطيٍّ[1].

(و) جاز أيضًا (حَملُ خمرٍ لذِمّيٍّ بأجرٍ) عندَ أبي حنيفةَ، وقالا: يُكرَهُ؛ لأنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَعَن في الخَمر عَشَرةً، وعَدَّ منها حامِلَها[2]، وله: أن الإجارةَ على الحَمل، وهو ليس بمَعصِيةٍ ولا تَسبُّبٍ لها، وإنما تَحصُلُ

= ثم إنه لو سلم دلالة كلام المصنف على كون بيع الخمر أيضًا معصيةً للذمي.. فلا ضير فيه؛ لأن في نزول خطاب التحريم في حق الكفار قولين من مشايخنا، فعند بعضهم غير نازل وعند بعضهم نازل، كما عرف في أصول الفقه في فصل أن الكفار مخاطبون بالشرائع أم لا، فيجوز أن يكون مبنى كلام صاحب «المحيط» على القول الأول، ومبنى كلام المصنف على القول الثاني، ولكلٍّ وُجهةٌ هو مولِّيها. انتهى.

(1) هذه المسائل من أغرب ما يكون في مذهبنا، والذي أدين الله تعالى به وعن مشايخي أخذته: أنه لا يجوز الإفتاء بشيء من هذه المسائل -وما يقاس عليها- على القول المنسوب للإمام، وفي القلب من نسبتها إليه أمثال الجبال، وقد مر تحقيق وتفنيد العلامة الكمال آنفًا.
وقال الشلبي ٦/ ٢٩: قال فخر الإسلام: قول أبي حنيفة قياس، وقولهما استحسان. اهـ «غاية»، وكتب ما نصه: لأنه إعانة على المعصية، فيكره؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢]. انتهى. ومعلوم أن الاستحسان مقدم على القياس.
وقال أيضًا ٦/ ٢٩: قال الولوالجي في بيوع «فتاواه»: رجل له عبد أمرد أراد أن يبيعه من فاسق يعلم أنه يعصي الله فيه غالبًا: يُكره هذا البيع؛ لأنه إعانةٌ على المعصية. اهـ «غاية»، وكتب ما نصه: ذكر في باب بيوع أهل الذمة من «المحيط»: المسلم الفاسق إذا اشترى عبدًا أمرد، وكان ممن يعتاد اتباع الأمرد: يجبر على بيعه؛ دفعًا للفساد. اهـ

(2) رواه الإمام أحمد (٢٨٩٧)، وأبو داود (٣٦٧٤)، والترمذي (١٢٩٥)، وابن ماجه (٣٣٨٠).

وبَيعُ بِناءِ بُيوتُ مَكّةَ، وأراضِيها.

الْمَعصِيةُ بفِعلِ فاعِلٍ مُختارٍ، وليس الشُّربُ من ضَروراتِ الحَملِ؛ لأن حَمْلَها قد يَكونُ للإراقة أو للتَّخليل[1]، فصار كمَن استَأجرَه لعَصر[2] العِنَب أو قَطفِه[3].

والحَديثُ مَحمولٌ على الحَمل الْمَقرونِ بقَصد الْمَعصِيةِ.

وعلى هذا الخِلافِ: إذا آجَره دابّةً ليَنقُلَ عليها الخمرَ، أو آجَرَه نفسَه ليَرعى له الخَنازيرَ، فإنه يَطيبُ له الأجرُ عند أبي حنيفةَ، وعندَهما: يُكرَهُ.

(و) جاز أيضًا (بَيعُ بِناءِ بُيوتُ مَكّةَ) لأنه مِلكٌ لِمَن بَناه؛ ألا تَرى أنه لو بَنى في الْمُستأجَر أو في الوَقف صار البِناءُ مِلكًا له، وجاز له بَيعُه (و) كذا جاز بَيعُ (أراضِيها) أي أراضِي بُيوتِ مَكّةَ عند أبي يوسفَ ومحمدٍ، وهو إحدى الرِّوايتَين عن أبي حنيفةَ؛ لأن في إثبات الكَراهةِ حَجْرًا على الْمُلّاك، والدَّليلُ يَأبى الحَجْرَ على الحُرِّ العاقِلِ البالِغِ الكامِلِ الرَّأيِ، وبه قال الشّافعيُّ، وبه يُفتَى.

---

(١) زاد في «النهاية»: وهذا قياس، وقولهما استحسان. «رد المحتار» ٦/ ٣٩٢.

(٢) في (ب) و(د): بعصير، وفي (ج): لعصير.

(٣) لكن الفرق بين المسألتين كبير والله أعلم، إذ الاستئجار لعصر العنب حلال أصلًا، وأما لحمل الخمر فعين الخمر حرام أصلًا، وقد ورد التحريم لنفس الفعل، وفي مسألة العنب ينظر لقصد المستأجِر، فقد وقد، وفي حال الخمر لا داعي للنظر لظهور الحرمة من غير نظر.

وتَعشيرُ الْمُصحَفِ، ونَقْطُه، ....

وجهُ رِوايةِ الكَراهةِ: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ألا إن مَكّةَ حَرامٌ، لا تُباعُ رِباعُها[1]، ولا تُورَثُ»[2]، ولأن الحرَمَ وقفُ الخَليلِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ[3].

(و) جاز أيضًا (تَعشيرُ الْمُصحَفِ) وهو: أن يُجعَلَ على كلِّ عشرِ آياتٍ من القُرآن الكَريمِ عَلامةٌ (ونَقْطُه) بفَتح النُّونِ، أي نَقْطُ الْمُصحَفِ، وهو إظهارُ إعرابِه، وبهما[4] يَحصُلُ الرِّفقُ جِدًّا، خُصوصًا للعَجَميِّ الذي لا يَحفَظُ القُرآنَ، ولا يَقدِرُ على القِراءة إلا بالنَّقْط، فكان حسَنًا.

وما رُوِي عن ابن مَسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: جَرِّدوا القرآنَ[5]: فذاك في زَمَنهم؛ لأنهم كانوا يَنقُلونه عن النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كما أُنزِل، وكانَت القِراءةُ سهلةً[6] عليهم، ولا كذلك هذا الزَّمانُ.

وعلى هذا: لا بأسَ بكِتابة أسامِي السُّوَرِ وعدَدِ الآيِ، فهو وإن كان

---

(١) جمع رَبْع: محلة القوم ومنزلهم. «المصباح» ١/ ٢١٦.

(٢) رواه الدارقطني (٣٠١٤)، والحاكم (٢٣٢٧)، واللفظ فيه ولا تؤجر بيوتها بدل ولا تورث، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٢٦٥ ففيه كلام كثير حوله.

(٣) لم يتكلم عن العلامة قاسم في «التعريف والإخبار» ٢/ ٢٩٥، وممن ذكره من أئمتنا الإمام السرخسي في «المبسوط» ١٢/ ٢٨. والخصاف في أول «أحكام الأوقاف».

(٤) في (ج): وبه.

(٥) رواه عبد الرزاق (٧٩٤٤)، وابن أبي شيبة (٨٥٤٧)، والنسائي في «الكبرى» (١٠٧٣٤)، والطبراني (٩٧٥٣)، ورواه الحاكم عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (٣٤٧).

(٦) كذا في (ز) و(ح) و«التبيين» ٦/ ٣٠، وفي الباقي: سهلًا، وهو موافق لما عند المصنف في «منحة السلوك» ص٤١٨ وغيرها.

وتَحلِيَتُه.

ودُخولُ ذِمِّيٍّ مَسجِدًا، ....

مُحدَثًا فمُستحسَنٌ، وكم من شيءٍ يَختلِفُ باختِلاف الزَّمانِ والْمَكانِ.

(و) جاز أيضًا (تَحلِيَتُه) أي تَحلِيةُ الْمُصحَفِ بماء الذَّهَبِ والفِضّةِ واللّازَوَرْدِ[1] ونحوِها؛ لأن في ذلك تَعظيمَه؛ كما في نَقش الْمَساجِدِ وتَحلِيَتِها إذا كان من غَير مالِ الوَقفِ، وعندَ الثَّلاثةِ: يُكرَهُ الكلُّ، وقِيل: وبه يُفتى.

(و) جاز أيضًا (دُخولُ ذِمِّيٍّ مَسجِدًا) وقال مالِكٌ: يُكرَهُ ذلك في كلِّ مَسجِدٍ، وقال الشّافعيُّ: يُكرَهُ في الْمَسجِد الحَرامِ؛ لقَوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا﴾ [التوبة: ٢٨]، وبه قال أحمدُ، وعَدّى مالِكٌ إلى سائِر الْمَساجِدِ؛ لعُموم العِلّةِ، وهي النَّجاسةُ.

ولنا: أن النَّبيَّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ أنزَل وَفْدَ ثَقيفٍ في الْمَسجِد وضَرَب لهم خَيمةً فيه، فقالَت الصَّحابةُ رَضِيَ اللهُ عَنهُم: الْمُشرِكون نَجَسٌ، فقال عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «ليس على الأرض من نَجاستهم شيءٌ، وإنما نَجاستُهم على أنفُسهم»[2].

---

(١) اللازورد: من الأحجار الكريمة، لونه أزرق سماوي أو بنفسجي، يكثر في أفغانستان وأمريكة، يستعمل للزينة. «المعجم الوسيط» ٢/ ٨١٠. وتقدم.

(٢) نزولهم في المسجد رواه الإمام أحمد (١٧٩١٣)، أبو داود (٣٠٢٦).
وأما السؤال والجواب فقد روى ابن أبي شيبة (٨٧٧٤) عن الحسن قال: لما قدم =

وعِيادتُه.

وخَصْيُ البَهائِمِ، ....

والْمُرادُ بالْمَنع الْمَذكورِ في الآية عن قِربانهم الْمَسجِدَ الحَرامَ: مَنعُهم عن الطَّواف؛ لأنهم كانُوا يَطوفُون بالبَيت عُراةً[1].

(و) جاز أيضًا (عِيادتُه) أي عِيادةُ الذِّمِّيِّ إذا مَرِض بالإجماع؛ لأن فيه إظهارَ مَحاسِنِ الإسلامِ، واختُلِف في عِيادة الْمَجوسيِّ، فقِيل: لا يَعودُه؛ لأنه أبعَدُ من الإسلام، وقِيل: يَعودُه؛ لأن فيه تَرغيبَه إلى الإسلام وتأليفَه.

وكذلك اختُلِف في عِيادة الفاسِقِ، والأصحُّ أنه لا بأسَ بها؛ لأنه مسلمٌ، والعِيادةُ من حُقوق الْمُسلِمين.

(و) جاز أيضًا (خَصْيُ[2] البَهائمِ) مِن خَصَيتَ الفرَسَ خَصيًا وخِصاءً:

= وفد ثقيف على النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نزلوا قبةً كانت في مؤخر المسجد، فلما حضرت الصلاة، قال رجل من القوم: يا رسول الله! حضرت الصلاة وهؤلاء قوم كفار، وهم في المسجد، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إن الأرض لا تنجس» أو نحو هذا. انتهى، وروى بعده قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إن الأرض لا ينجسها شيء». ورواه أبو داود في «المراسيل» (١٧) عن الحسن كما سبق وفيه: فقال: «إن الأرض لا تنجس، إنما ينجس ابن آدم».

(١) روى البخاري (١٦٦٥) ومسلم (١٢١٩) عن عروة قال: كان الناس يطوفون في الجاهلية عراة إلا الحُمْس، والحمس قريش وما ولدت، وكانت الحمس يحتسبون على الناس، يعطي الرجل الرجل الثياب يطوف فيها، وتعطي المرأة المرأة الثياب تطوف فيها، فمن لم يعطه الحمسُ طاف بالبيت عريانًا، وكان يفيض جماعة الناس من عرفات، ويفيض الحمس من جمع.

(٢) في (ح): خصاء.

وإنزاءُ الحَميرِ على الخَيل.

وقَبولُ هَدِيَّةِ العبدِ التّاجرِ، وإجابةُ دَعوتِه، واستِعارةُ دابّتِه، ....

إذا نَزَعتَ بَيضتَيه[1]؛ لأن فيه تَطييبَ لحمِه وتَرْكَ النِّطاحِ والشَّرِّ، إلا عندَ مالِكٍ: يُكرَهُ في الخَيل.

(و) جاز أيضًا (إنزاءُ الحَميرِ على الخَيل) لأنه عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ رَكِبَ البَغلةَ واقتَناها[2]، ولو لم يَجُز لَمَا فَعَله، والإنزاءُ: مِن النَّزْو، وهو الوَثْبُ، وهو كِنايةٌ عن السِّفاد، وهو الجِماعُ.

(و) جاز أيضًا (قَبولُ هَدِيَّةِ العبدِ التّاجرِ، وإجابةُ دَعوتِه، واستِعارةُ دابّتِه) لأن ذلك من ضَروراتِ التِّجارةِ، وقد صحَّ أن سَلمانَ الفارِسيَّ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُ أهدى إلى النَّبيِّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ هَدِيَّةً قبلَ أن يُعتَقَ، فقَبِلها النَّبيُّ عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ[3]، ....

(١) في سوى (د): بيضته، وفي (ح): بيضه.

(٢) روى البخاري (٢٨٦٤) ومسلم (١٧٧٦) عن أبي إسحاق: قال رجل للبراء بن عازب رَضِيَ اللَّهُ عَنهُمَا: أفررتم عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ يوم حنين؟ قال: لكن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ لم يفر، إن هوازن كانوا قومًا رماة، وإنا لما لقيناهم حملنا عليهم، فانهزموا، فأقبل المسلمون على الغنائم، واستقبلونا بالسهام، فأما رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ فلم يفر، فلقد رأيته وإنه لعلى بغلته البيضاء، وإن أبا سفيان آخذ بلجامها، والنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ يقول: «أنا النبي لا كذب، أنا ابن عبد المطلب».
وروى البخاري (٢٨٧٣) عن أبي إسحاق قال: سمعت عمرو بن الحارث قال: ما ترك النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ إلا بغلته البيضاء، وسلاحه، وأرضًا تركها صدقة.

(٣) قال في «الدراية» ٢/ ٢٤٠: ابن إسحاق في «السيرة الكبيرة» (ص٨٧)، ومن طريقه ابن سعد (٤/ ٧٥) وأبو عبيد والحاكم وأبو نعيم في «الدلائل» (١٩٩) من طريق =

وكُرِه كِسوتُه الثَّوبَ، وهَدِيَّته النَّقدَين.
واستِخدامُ الخَصِيِّ.

وكان النَّبيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يُجيبُ دَعوةَ الْمَملوكِ(1).

(وكُرِه كِسوتُه) أي كِسوةُ العبدِ التّاجرِ (الثَّوبَ) أراد قَبولَ هَدِيَّتِه إذا كانَت ثوبًا ونحوَه؛ لأنه تَبرُّعٌ، والعبدُ ليس من أهله، ولكن جُوِّزَ في الشَّيءِ اليَسيرِ للضَّرورةِ استِحسانًا (و) كذلك كُرِه (هَدِيَّتُه النَّقدَين) أي الدَّراهِمَ والدَّنانيرَ؛ لِما قُلنا.

(و) كُرِه أيضًا (استِخدامُ الخَصِيِّ) لأن فيه تَحريضَ النّاسِ على الخِصاء الذي هو ....

= ابن عباس عن سلمان مطولًا، وفيه: فباعوني من يهودي، وبعث الله تعالى رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فدخلت على النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقلت: بلغني أنك رجل صالح، وأصحابك غرباء، وهذا شيء عندي للصدقة، ورأيتكم أحق به، ثم قربته إليه، فقال لأصحابه: «كلوا»، وأمسك يده، ثم جئت من الغد ومعي شيء آخر، فقلت: إني رأيتك لا تأكل الصدقة، وهذه هدية أكرمتك بها، فأكل صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأمر أصحابه فأكلوا... الحديث.

وأخرجه ابن حبان (٧١٢٤) من طريق أبي إسحاق عن أبي قرة الكندي عن سلمان، فذكر قصة إسلامه بطولها، وأنه استأذن مواليه أن يهبوا له يومًا ففعلوا، قال: فاحتطبت فبعت فصنعت طعامًا وأتيته يعني النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ به، فقال: «ما هذا»، فقلت: هدية، فقال بيده: «بسم الله، كلوا»، فأكل وأكلوا معه.. الحديث، وأخرجه الحاكم (٦٥٤٣) من طريق سماك ابن حرب عن زيد بن صوحان أنه سأل سلمان كيف كان بدء إسلامك فذكر الحديث بطوله ومن طريق عبيد المكتب عن أبي الطفيل عن سلمان نحوه... إلخ.

(1) رواه الترمذي (١٠١٧)، وابن ماجه (٢٢٩٦)، والحاكم (٣٧٣٤).

والدُّعاءُ بـ: مَعقِدِ العِزِّ من عَرشِك، ....

مُثْلةٌ(١)، وقد صحَّ أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهى عنها(٢)، فيَحرُمُ.

(و) كُرِه أيضًا **(الدُّعاءُ بـ: مَعقِدِ العِزِّ من عَرشِك)** من العَقد، وفيه عِبارةٌ أخرى، وهي: (مَقعَدُ) من القُعود، تَعالى اللهُ عن ذلك، ولا شكَّ في هذا؛ لاستِحالته على الله تَعالى، وكذا الأُولى؛ لأنه يُوهِمُ أن عِزَّه مُتعلِّقٌ بالعَرش، والعرشُ حادِثٌ، وما يَتعلَّقُ به يَكونُ حادِثًا ضَرورةً.

وقال أبو يوسفَ: لا بأسَ به؛ لأنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ دَعا به(٣)، وبه قالَت

---

(١) مَثَّل به مُثلةً: وذلك بأن يقطع بعض أعضائه، أو يُسَوِّدَ وجهه. «المغرب» ص٤٣٥.

(٢) تقدم النهي عن التمثيل في كتاب السير، وأما النهي عن الخصاء:
فقد روى البخاري (٥٠٧٣)، ومسلم (١٤٠٢): عن سعد بن أبي وقاص قال: رد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على عثمان بن مظعون التبتل، ولو أذن له لاختصينا. وروى الإمام أحمد (١٥٠٣٦) عن جابر بن عبد الله، قال: جاء شاب إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: أتأذن لي في الخصاء؟ فقال: «صم وسل الله من فضله». وروى أيضًا (٦٦١٢): عن عبد الله بن عمرو، قال: جاء رجل إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: يا رسول الله، ائذن لي أن أختصي، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «خصاء أمتي الصيام والقيام».

(٣) في سوى (أ) و(ج) و(د): رَواه الحاكِمُ وصَحَّحه في «مُستَدرَكه».
قال في «الدراية» ٢/ ٢٣٩: البيهقي في «الدعوات» (٤٤٣) من حديث ابن مسعود رفعه، قال: اثنتا عشرة ركعة تصليهن من ليل أو نهار، وتتشهد بين كل ركعتين، فإذا تشهدت من آخر صلاتك فاثن على الله وصل على النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، واقرأ وأنت ساجد فاتحة الكتاب سبع مرات، وقل: لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد، وهو على كل شيء قدير، عشر مرات، ثم قل: اللهم إني أسألك بمعاقد العز من عرشك... فذكره، وفي آخره: ثم سل حاجتك، ثم =

وبحقِّ فُلانٍ.

الثَّلاثةُ، وبه أَخَذ الفَقيهُ أبُو اللَّيثِ[1].

(و) كذا يُكرَهُ أن يَقولَ في دُعائه (بحقِّ فُلانٍ) وبحقِّ أنبيائِك وأوليائِك، أو بحقِّ رُسُلِك، أو بحقِّ البيتِ، أو بحقِّ الْمَشعَرِ الحَرامِ؛ لأنه لا حقَّ للخَلق على الله تَعالى[2].

= ارفع رأسك، ثم سل يمينًا وشمالًا، ولا تعلموها السفهاء، فإنهم يدعون بها فيستجاب لهم.

وأخرجه ابن الجوزي في «الموضوعات» (٢/ ١٤٢) من طريق عامر بن خداش عن عمرو بن هارون البلخي، ونقل تكذيب عمرو عن ابن معين، قال: وقد صح النهي عن القراءة في السجود، قلت: وظاهر السياق أنه يسجد بين التشهد والسلام سجدة زائدة يقول فيها ذلك، ولا يخفى ما فيه، وزعم السَّروجي أن هذا الحديث في «الحلية»، فلينظر، قلت: وهو في الطبراني (٢٥/ ١٢). انتهى.

قلت: وحسن الهيثمي إسناد الطبراني في «مجمع الزوائد» ١٠/ ١٢٥.

ورواه أيضًا الحسن بن رشيق في «جزئه» (٢٩)، والمقدسي في «الترغيب في الدعاء» (٧١)، والديلمي في «الفردوس» (١٨٤٥).

(١) الظاهر أن النهي من الإمام كان لإيهام وجوب شيء على الله عَزَّوَجَلَّ من شيء من خلقه، كما ذهبت إليه المعتزلة الذين راج سوقهم ذلك الوقت، ولما كان للمسألة أصل في السنة وجب المصير إليه والتوقف عنده.

(٢) فعلة النهي إيهام أن على الله تعالى واجبًا، كما قالت المعتزلة، وتبرأت وبرئت منه أهل السنة والجماعة، وأما التوسل بما شرعه الله تعالى من ذوات الأنبياء والصالحين فهو عين التوحيد لله جل جلاله، وقد استفاضت الآيات والأخبار والآثار به.

كما صنف العلماء في ذلك قديمًا وحديثًا، ابتداء من شيخ الإسلام التقي السبكي في كتابه الفذ «شفاء السقام» إلى زمننا الذي ألف فيه الشيخ سلامة العزامي كتابيه «فرقان القرآن» و«البراهين الساطعة في رد بعض البدع الشائعة، وكتب مولانا =

والَّلعِبُ بالشِّطرَنجِ، والنَّردِ، ....

ولو قال لآخَرَ: بحقِّ اللهِ، أو بالله أن تَفعَلَ كذا: لا يَجِبُ عليه أن يَأتِيَ بذلك شرعًا، وإن كان الأولى أن يَأتِيَ به.

(و) كذا يُكرَهُ (اللَّعِبُ بالشِّطرَنجِ) بكَسر الشِّينِ (والنَّردِ) والأربَعةَ عشَرَ، وهو لَعِبٌ تَستعمِلُه اليَهودُ، قالَه أبُو اللَّيثِ، وذلك لما رُوِيَ أن ابنَ عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنهُمَا مرَّ بقَومٍ يَلعَبون الشِّطرَنجَ، فلم يُسلِّم عليهم، وقال: ما هذه التَّماثيلُ التي أنتم لها عاكِفون[1]، ....

= الشيخ عبد الله سراج الدين الحسيني وولده سيدي الشيخ أحمد يحيى سراج الدين الحسيني من المصنفات النافعة الجليلة، بما يقطع زور كل من سولت له نفسه واقترب من حمى أهل السنة، وخصوصًا السادة الحنفية، الذين ألصق بهم نفي التوسل، ولم يتفطن الجاهل إلى علة نهيهم، وأن هذا الكلام قيل وسوق المعتزلة رائج، فوجب عليه بيانه، كيف وكل من نقل هذا الحكم من أئمتنا ومنهم المصنف رَحِمَهُ اللهُ في كتابه هذا قد شحنوا كتبهم بالتوسل والاستغاثة بسيد الخلق صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، رزقنا الله تعالى الفهم السليم، وأعاذنا من الفهم المنكوس السقيم، إنه هو البر الرحيم.

وقال في «رد المحتار» ٦/ ٣٩٧ نقلًا عن المناوي عند هذا الموضع، بعد تحقيق فيه وبيان استحبابه:

وقال السبكي: يحسن التوسل بالنبي إلى ربه، ولم ينكره أحد من السلف، ولا الخلف إلا ابن تيمية، فابتدع ما لم يقله عالم قبله. اهـ

(١) رواه عن علي رَضِيَ اللهُ عَنهُ: ابن أبي شيبة (٢٦١٥٨)، والبيهقي (٢٠٩٢٩)، والخلال في «الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر» ص٦٢، والآجري في «تحريم النرد والشطرنج والملاهي» (٢٥)، والمخلصي في «المخلصيات» (٩٨١)، وابن أبي الدنيا في «ذم الملاهي» (٨٨)، وابن سعد في «الطبقات» ٦/ ٢٢٤.

وكلُّ لَهوٍ.

وقال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَن لَعِب بالنَّرْدَشِير فكأنما صَبَغ يدَه في لَحم[1] خِنزيرٍ»، رَواه مسلمٌ وأحمدُ وأبو داوُدَ[2].

وقال الشّافعيُّ: يُباحُ اللَّعِبُ بالشِّطرَنج لتَشحيذ الخاطِرِ، وتَذكِيةِ الفَهمِ، فيَجوزُ لهذا القَصدِ دونَ القِمارِ، بشَرط أن لا يَترُكَ الصَّلاةَ، ولا يَتكلَّمَ بالفُحش.

ولو لَعِب به في الطَّريق، أو أكثَر منه: سَقَطت عَدالتُه بالإجماع.

ولم يَرَ أبو حنيفةَ بالسَّلام عليهم بأسًا؛ ليَشغَلَهم عما هم فيه، وكَرِهاه؛ تَحقيرًا لهم.

(و) كذا يُكرَهُ كَراهةَ تَحريمٍ (كلُّ لَهوٍ) لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «كلُّ لَعِبِ ابنِ آدَمَ حَرامٌ إلا ثَلاثةً: مُلاعَبةَ الرَّجُلِ أهلَه، وتَأديبَه لفَرَسه، ومُناضَلتَه[3] بقَوسه»[4]، وهذا نصٌّ صَريحٌ في تَحريم الرَّقصِ الذي

(١) في (ز) و(ح): في شحم.

(٢) الإمام أحمد (٢٢٩٧٩)، ومسلم (٢٢٦٠)، وأبو داود (٤٩٣٩).

(٣) في (ج): ومناسلته، وفي (د): مناصلته.

(٤) روى النسائي في «الكبرى» (٨٨٨٩)، والطبراني (١٧٨٥)، والبيهقي (١٩٧٤١): عن عطاء بن أبي رباح، قال: رأيت جابر بن عبد الله وجابر بن عمير الأنصاري يرتميان، فمل أحدهما فجلس، فقال له الآخر: كسلت؟ سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «كل شيء ليس من ذكر الله عَزَّوَجَلَّ فهو لهو أو سهو، إلا أربع خصال: مشي الرجل بين الغرضين، وتأديبه فرسه، وملاعبة أهله، وتعلم السباحة»، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٢٧٣، و«التعريف والإخبار» ٣/ ٢٢٠، ففيهما آثار أخرى.

تُسَمِّيه الْمُتصوِّفةُ: الوقتَ[1]، وسَماعَ الطَّيبِ، وإنما هو سَماعٌ فيه أنواعُ الفِسقِ وأنواعُ العَذابِ في الآخِرة[2].

---

(١) مسألة الحركة في الذكر مقررة الجواز عند أهل السنة رضي الله تعالى عنهم، وقد ألف فيها رسائل عديدة، منها: رسالة الشيخ عبد الكبير الكتاني «نجوم المهتدين في دلائل الاجتماع للذكر على طريقة المشايخ المتأخرين»، وغيرها من الرسائل والأبحاث، ولعل مقصود المصنف -كما يشير إليه استعماله للمتصوفة لا الصوفية-: أنه ما كان خارجًا عن نهج السادة الصوفية، الذين من أئمتهم الحصكفي رضي الله تعالى عنه، وخذ هذا النص للإمام ابن عابدين رَحِمَهُ ٱللَّهُ يبين لك الفرق بين الطائفتين، حيث قال في «شفاء العليل»:

وأيضًا فإن سماعهم -أي ساداتنا الصوفية- يُنتج المعارِفَ الإلهية، والحقائقَ الرَّبانية، ولا يكون إلا بوصف الذات العلية، والمواعِظِ الحِكَمِيّة، والمدائح النبوية، بخلاف سماع غيرهم؛ فإنه يظهر منهم الشهوات الخفية، والأفعال الغير المرضية، فما هو إلا من الأغراض النفسانية، والنزغات الشيطانية.

ولا كلام لنا أيضًا مع من اقتدى بهم، وذاق من مشربهم، ووَجَد من نفسه الشوق والهيام، في ذات المَلِك العلام..

بل كلامنا مع هؤلاء العوام، الفسقة اللئام، الذين اتخذوا مجالس الذكر شبكةً لصيد الدنيا الدنية، وقضاءً لشهواتهم الشنيعة الردية، من كلامهم واجتماعهم مع المردان، والتلذذ بالغناء، وتنزيله على أوصافهم الحِسان، وغير ذلك مما هو مشاهد. انتهى.

فاعلم يا أخي أن من دافع من العلماء عن مشروعية مجالس الأذكار لا يدخل في دفاعه كثير مما يسمى مجالس ذكر اليوم، بل الواجب على شيوخ الطرق والعلماء الفصلَ القاطع بين الأذكار والغناء، وعدم استخدام أحد الأمرين في الآخر.

(٢) في «الفتاوى الهندية» ٥/ ٣٥٢: السماع والقول والرقص الذي يفعله المتصوفة في زماننا: حرام، لا يجوز القصد إليه، والجلوس عليه، وهو والغناء والمزامير سواء، وجوزه أهل التصوف، واحتجوا بفعل المشايخ من قبلهم، قال: وعندي أن ما يفعلونه =

وجعلُ الرّايةِ في عُنُق العَبدِ، ....

(و) كذا يُكرَهُ (جعلُ الرّايةِ في عُنُق العَبدِ) وهو طَوقٌ من خشَبٍ مُسَمَّرٌ بمِسمارٍ عَظيمٍ يُجعَلُ في عُنُقه، يَمنَعُه من تَحريك رأسِه، وهو مُعتادٌ بين الظَّلَمةِ، وإنه حَرامٌ؛ لأنه عُقوبةُ الكُفّارِ، فيَحرُمُ، كالإحراق بالنّار.

= غيرُ ما يفعله هؤلاء، فإن في زمانهم ربما ينشد واحد شعرًا فيه معنًى يوافق أحوالهم، فيوافقه، ومن كان له قلب رقيق إذا سمع كلمة توافقه على أمر هو فيه ربما يغشى على عقله، فيقوم من غير اختيار، وتخرج حركات منه من غير اختياره، وذلك مما لا يستبعد أن يكون جائزًا، مما لا يؤخذ به، ولا يظن في المشايخ أنهم فعلوا مثل ما يفعل أهل زماننا من أهل الفسق، والذين لا علم لهم بأحكام الشرع، وإنما يُتَمَسّك بأفعال أهل الدين، كذا في «جواهر الفتاوى». انتهى.

فيظهر من هذا النقل وغيره أن الأئمة إنما حرموا هذه الأفعال من الفساق الذين يدعون التصوف والأحوال والأذواق والمواجيد، وهم ضُلّال زنادقة، ولا شك عندي ولا أظن أن أحدًا يخالف في وجوب منع هؤلاء من أي رسم من رسوم التصوف، وتعزيرهم على أي شيء من ذلك أشد التعزير، وتغليظ الحرمة عليهم ما أمكن، ومنع (الحضرات) التي يقيمونها أو يكثرون فيها، أو يكون لهم فيها ظهور، فما هم إلا إخوان الشياطين، بل أساتيذهم، قبحهم الله تعالى في كل زمان ومكان، وكفى المسلمين شرهم وأذاهم.

وأين هم من أهل التصوف النقي، الذين يغلب عليهم الخشوع والسكون في سائر أحوالهم، ويحدوهم الشوق والحنين إلى مولاهم عند كل موقف أو مشاهدة، فترى قلوبهم تغلب بمحبته، فتفيض على أعينهم دموع الخشية والشوق، وتحرك مواجيدهم أجسادهم بلا اختيار، ويتسترون من هذه الأحوال كما تتستر العذراء في خدرها، ويستحون منها كما تستحي البكر من حيضتها، رضي الله عنهم وأرضاهم، وحشرنا في الجنان عند أقدامهم، ولا حرمنا من بركاته وأمدادهم وإمدادهم في جميع العوالم، إنه سميع مجيب.

وحلُّ قَيدُه.

والحُقنةُ.

وقِيل: لا بأسَ به في زَماننا؛ لأنه عَلامةُ الإباقِ، وقد كَثُر في هذا الزَّمانِ، خُصوصًا في السُّودان، وكان في زَمانهم مَكروهًا لِقلّة الإباقِ.

(وحلُّ قَيدُه) أي قَيدُ العبدِ؛ احتِرازًا عن الإباق والتَّمرُّدِ، وهو سُنّةُ الْمُسلِمين في الفُسّاق.

(و) حَلَّت (الحُقنةُ) للتَّداوي، وجاز أن يُنظَرَ إلى ذلك الْمَوضِعِ للضَّرورة.

ولا جُناحَ على من يَتداوى إذا كان يَرى أن الشّافيَ هو اللهُ تَعالى دونَ الدَّواءِ[1]؛ لقَوله عَلَيهِالصَّلاةُوَالسَّلَامُ: «عِبادَ اللهِ! تَداوَوا؛ فإن الله لم يَضَع داءً إلا وَضَع له شِفاءً أو دَواءً، إلا داءً واحِدًا»، قالُوا: يا رَسولَ اللهِ! وما هو؟ قال: «الهَرَمُ»، رَواه التِّرمذيُّ وصَحَّحه[2].

ولا فرقَ في الحُقنة بينَ الرَّجُلِ والْمَرأةِ، وإنما يجوزُ ذلك بالأشياء الطّاهِرةِ، ولا يجوزُ بالنَّجَس، كالخَمر، وكذا كلُّ تَداوٍ لا يجوزُ

---

(١) قال الشلبي ٦/ ٣٣: قوله: (والتداوي لا يمنع التوكل) قال فخر الإسلام البزدوي وغيره: المذهب عند أهل السنة والجماعة وأئمة الفتوى: أن التوكل المأمور به: بعد كسب الأسباب، ثم التوكل بعده على الله تعالى دون الأسباب، يعني أن التوكل مع مراعاة الأسباب، لا مع قطع الأسباب، لكن بعد مراعاة الأسباب يعتمد على الله تعالى لا على الأسباب، والحقنة من هذا القبيل. اهـ إتقاني.

(٢) رواه الإمام أحمد (١٨٤٥٤)، وأبو داود (٣٨٥٥)، والترمذي (٢٠٣٨)، وابن ماجه (٣٤٣٦)، واللفظ للترمذي.

ورِزقُ القاضِي.

إلا بالطّاهِر؛ لما رَوى ابنُ مَسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال: «إن اللهَ تَعالى لم يَجعَل شِفاءَكم فيما حَرَّم عليكم»، ذَكَره البُخاريُّ[1].

وفي «النّهاية»: يجوزُ التَّداوِي بالْمُحرَّم، كالخَمر والبَول، إذا أَخبَره طَبيبٌ مسلمٌ أنّ فيه شِفاءً، ولم يَجِد غيرَه من الْمُباح ما يَقومُ مَقامَه.

(و) حلَّ أيضًا (رِزقُ القاضِي) من بَيت المالِ؛ لأنه أُعِدَّ لِمَصالِح الْمُسلِمين، والقاضِي مَحبوسٌ بمَصالِحهم[2]، والحبسُ من أسباب النَّفَقةِ، فكان رِزقُه فيه كرِزق الْمُقاتِلةِ والزَّوجةِ، يُعطى منه ما يَكفيه وأهلَه، على هذا كانَت الصَّحابةُ والتّابِعون[3].

(١) رواه البخاري ٧/ ١١٠ معلقًا موقوفا على ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ورواه موصولًا موقوفًا: الطبراني (٩٧١٦)، والحاكم (٧٥٠٩)، ورواه مرفوعًا موصولًا: ابن راهويه (١٩١٢)، والبيهقي (١٩٦٧٩)، ورواه ابن حبان (١٣٩١) وأبو يعلى (٦٩٦٦) مرفوعًا بلفظ: «إن الله لم يجعل شفاءكم في حرام».

(٢) في (هـ): لمصالحهم.

(٣) روى عبد الرزاق (١٠١٢٨) وابن أبي شيبة (١٣٠١٢) والبيهقي (١٣٠١٢) واللفظ له: عن اللاحق بن حميد قال: لما بعث عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عمار بن ياسر وعبد الله بن مسعود وعثمان بن حنيف إلى الكوفة، بعث عمار بن ياسر على الصلاة وعلى الجيوش، وبعث ابن مسعود على القضاء وعلى بيت المال، وبعث عثمان بن حنيف على مساحة الأرض، جعل بينهم كل يوم شاة، شطرها وسواقطها لعمار بن ياسر، والنصف بين هذين، قال سعيد: ولا أحفظ الطعام، قال: نزلتكم وإياي من هذا المال بمنزلة والي مال اليتيم، من كان غنيًا فليستعفف، ومن كان فقيرًا فليأكل بالمعروف، وما أرى قرية يؤخذ منها كل يوم شاة إلا كان ذلك سريعًا في خرابها. =

....

وهذا إذا كان بيتُ المالِ حَلالًا جُمِع بحقٍّ، وإن كان حَرامًا بأن جُمِع بباطِلٍ: لم يَحِلَّ أخذُه؛ لأنه مالُ الغيرِ، فيَجِبُ رَدُّه على صاحِبه[1].

ثم إن كان القاضِي مُحتاجًا فالأفضَلُ له أن يَأخُذَ، بل يَجِبُ، وإن كان غنيًّا فكذلك يَأخُذُ منه كِفايتَه عند بعضِهم، وهو الأصحُّ؛ لأنَّ مالَه[2] يَفرُغُ بالنَّفَقة الدّائمةِ.

= هذا في القضاة والعمال، وكذلك الأمر في الخلفاء والولاة، فقد روى البخاري (٢٠٧٠) أن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: لما استخلف أبو بكر الصديق قال: لقد علم قومي أن حرفتي لم تكن تعجز عن مؤونة أهلي، وشغلت بأمر المسلمين، فسيأكل آل أبي بكر من هذا المال، ويحترف للمسلمين فيه.

وكذلك في أي عمالة، فقد روى مسلم (١٠٤٥) عن ابن الساعدي المالكي أنه قال: استعملني عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ على الصدقة، فلما فرغت منها وأديتها إليه أمر لي بعمالة، فقلت: إنما عملت لله، وأجري على الله، فقال: خذ ما أعطيت، فإني عملت على عهد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فعمَّلني، فقلت مثل قولك، فقال لي رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا أُعطيت شيئًا من غير أن تسأل فكل وتصدق».

(١) قال في «رد المحتار» ٦/ ٣٨٩: قال في «النهاية»: وأما إذا كان حرامًا جُمع بباطل: لم يحل أخذه؛ لأن سبيل الحرام والغصب رده على أهله، وليس ذلك بمال عامة المسلمين. اهـ

أقول: ظاهر العلة أن أهله معلومون، فحرمة الأخذ منه ظاهرة، فإن لم يُعلموا: فهو كاللقطة يوضع في بيت المال، ويُصرف في مصارف اللقطة، فقد صَرَّحوا في الهدية والرشوة للقضاة ونحوهم أنها ترد على أربابها إن عُلموا، وإلا أو كانوا بعيدًا حتى تعذر الرد: ففي بيت المال، فيكون حكمه حكمَ اللقطة، كما تقدم في كتاب القضاء، تأمل.

(٢) في سوى (ج) و(د): لأنه مال. وانظر «التبيين» ٦/ ٣٣.

وسفَرُ الأمةِ وأُمّ الولَدِ بلا مَحرَمٍ.

وشِراءُ ما لا بُدَّ للصَّغير منه، ....

هذا إذا أعطَوه من غَير شرطٍ ومُعاقَدةٍ، وإن كان بشرطٍ ومُعاقدةٍ: لا يَحِلُّ له أخذُه؛ لأن القَضاءَ طاعةٌ، فلا يجوزُ أخذُ الأجرِ عليه، كسائِر الطّاعاتِ.

ولو أخَذ الرِّزقَ في أوّل السَّنةِ، ثم عُزِلَ قبلَ مُضيِّها.. قِيل: يَجِبُ عليه رَدُّ حِصّةِ ما بَقِي من السَّنة، وقِيل: هو على الاختِلاف في الزَّوجة[1].

(و) حلَّ أيضًا (**سفَرُ الأمةِ وأُمّ الولَدِ بلا مَحرَمٍ**) لأن الأمةَ بمَنزِلة المَحرَمِ لعامّة الرِّجالِ فيما يَرجِعُ إلى النَّظَر والمَسِّ، وأُمُّ الولَدِ أمةٌ؛ لقيام الرِّقّ فيها، وكذا المُكاتَبةُ ومُعتَقةُ[2] البعضِ عند أبي حنيفةَ. قِيل: هذا في زَمانهم؛ لغَلَبة أهلِ الصَّلاحِ فيه، وأما في زَماننا: فلا؛ لغَلَبة أهلِ الفَسادِ.

(و) حلَّ أيضًا (**شِراءُ ما لا بُدَّ**) أي لا استِغناءَ (**للصَّغير منه**) كالنَّفَقة، والكِسوةِ، واسْتِئجارِ الظِّئرِ، ونحوِ ذلك ....

---

(١) إذا استعجلت نفقة السنة فمات الزوج في بعض السنة: ردت ما بقي من النفقة عند محمد، خلافًا لأبي يوسف، وإليه أشار الخصاف في «نفقاته»، والصحيح هو القول الأول، كذا ذكر الشهيد وفخر الدين قاضي خان. اهـ «غاية»، وكتب ما نصه: وقال بعضهم: على قول محمد يجب، وعلى قول أبي يوسف: لا يجب. اهـ «غاية». شلبي ٦/ ٣٤.

(٢) في سوى (أ): ومعتق البعض.

وبَيعُه للعمِّ، والأُمِّ، والْمُلتقِطِ، لو في حِجْرهم، وتُؤجِرُه أُمُّه فقط.

(وبَيعُه) أي بَيعُ ما لا بُدَّ منه أيضًا للصَّغير (للعمِّ، والأُمِّ، والْمُلتقِطِ، لو) كان الصَّغيرُ (في حِجْرهم) دَفعًا للضَّرَر عنه.

(وتُؤجِرُه) أي تُؤجِرُ الصَّغيرَ (أُمُّه) إذا كان في حِجْرها (فقط) يَعني: لا يُؤجِرُه العمُّ، ولا الْمُلتقِطُ، ولا الأخُ.

وهذه رِوايةُ «الجامِعِ الصَّغيرِ»، وفي رِواية القُدُوريِّ: يجوزُ أن يُؤجِرَه الْمُلتقِطُ ويُسْلِمَه في صِناعةٍ، وهو أقرَبُ؛ لأن فيه نَفعًا مَحْضًا للصَّغير.

ولو آجَر الصَّغيرُ نفسَه لا يَصِحُّ[1]؛ لأنه مَشُوبٌ بالضَّرَر، إلا إذا فَرَغ من العَمَل؛ لأنه تَمحَّض نفعًا بعد الفَراغِ، فيَجِبُ الْمُسمّى، وهو نَظيرُ العبدِ الْمَحجورِ عليه إذا آجَر نفسَه.

وإن كان الصَّغيرُ في يَد العمِّ، فآجَرَته أُمُّه: صحّ؛ لأنه من الحِفْظ، وهذا عندَ أبي يوسفَ، وعند محمدٍ: لا يَصِحُّ.

---

(١) أي لا يلزم. شلبي ٦/ ٣٤.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
كتاب الإقرار	٧
۞ باب في بَيان أحكامِ الاستِثناءِ وما في مَعناه	٢٥
۞ باب في بَيان أحكامِ إقرارِ الْمَريضِ دَينَ الصِّحَةِ	٣٨
كتاب الصلح	٤٩
- فَصلٌ في بيان أَقسام الصُّلحِ	٥٩
۞ باب في بَيان أحكام الصُّلحِ في الدَّين	٦٩
- فصلٌ في بيان التَّخارُج وغيرِه	٧٥
كتاب المضاربة	٨٣
۞ بابٌ في بَيان أحكامِ الْمُضارِبِ يُضارِبُ مع آخَرَ	٩٨
- فصلٌ فيما يَفعَلُه الْمُضارِبُ	١٠٩
كتاب الوديعة	١٢١
كتاب العاريّة	١٣٥
كتاب الهبة	١٤٩
۞ باب في بَيان أحكام الرُّجوعِ في الهِبة	١٥٨
- فصلٌ في بَيان أحكامِ الهِبةِ بالشَّرط والاستِثناءِ وغيرِهما	١٦٨
كتاب الإجارة	١٧٥
۞ باب في بَيان أحكامِ ما يَجوزُ من الإجارة وما يَكونُ خِلافًا فيها	١٨٨

الموضوع	الصفحة

● باب في بَيانِ أحكامِ الإجارةِ الفاسِدةِ ٢٠٢
● باب في بَيان أحكامِ ضَمانِ الأجيرِ ٢١٩
● باب في بَيان أحكامِ فسخِ الإجارةِ ٢٣٠
- مسائل منثورة في الإجارة ٢٣٧
كتاب المكاتَب ٢٤٥
● باب في بَيان أحكامِ ما يَجوزُ للمُكاتَب أن يَفعَلَه وما لا يَجوزُ ٢٥٦
- فصلٌ في كِتابة المُدبَّر وأُمّ الولَدِ وغيرِهما ٢٦٣
● باب في بَيان أحكامِ كِتابةِ العبدِ المُشترَكِ بين اثنَين ٢٧٢
● باب في بَيان أحكامِ عجزِ المُكاتَبِ وموتِه وموتِ المَولى ٢٧٨
كتاب الوَلاء ٢٨٩
- فصلٌ في بَيان وَلاءِ المُعاقَدةِ ٢٩٧
كتاب الإكراه ٣٠٣
كتاب الحجر ٣١٩
- فصلٌ في بَيان حدِّ البُلوغِ ٣٣٨
كتاب المأذون ٣٤٣
كتاب الغصب ٣٦١
- فصلٌ في تَصرُّفات الغاصِبِ في المَغصوب وغيرِه ٣٧٦
كتاب الشُّفعة ٣٩١
● باب في بَيان أحكامِ طلَبِ الشُّفعةِ ٣٩٩
● باب في بَيان أحكامِ ما تَجِبُ فيه الشُّفعةُ وما لا تَجِبُ ٤١٥
● باب في بَيان أحكامِ ما تَبطُلُ به الشُّفعةُ ٤١٩

الموضوع	الصفحة
كتاب القسمة	٤٣١
كتاب المزارعة	٤٥٥
كتاب المساقاة	٤٦٩
كتاب الذبائح	٤٧٥
- فصلٌ في بَيان ما يَحِلُّ أكلُه وما لا يَحِلُّ	٤٩٣
كتاب الأضحيّة	٥٠٩
كتاب الكراهية	٥٢٧
- فصلٌ في بَيان أحوالِ الأكلِ والشُّربِ ما يَحرُمُ منهما وما يُباحُ وما يُكرَهُ	٥٢٩
- فصلٌ في بَيان أحكامِ اللُّبسِ	٥٣٨
- فصلٌ في بَيان أحكامِ النَّظَرِ والْمَسِّ	٥٤٦
- فصلٌ في بيانِ أحكامِ الاستِبراءِ وغيرِه	٥٥٥
- فصلٌ في بَيان أحكامِ البَيعِ الذي يُكرَهُ وغيرِه	٥٦١
● فهرس الموضوعات	٥٨٩